

RAFAŁ MAŃKO
Uniwersytet Wrocławski

Homo iuvens przed trybunałem: wyrok *Leitner* w perspektywie teorii i filozofii prawa*

Abstract

Homo iuvens before the Court of Justice: The *Leitner* Case in the Perspective of Legal Theory and Legal Philosophy

The present paper aims at analysing the judgment of the European Court of Justice of 12 March 2002 in Case C-168/00 *Leitner* by using the tools of legal theory and critical legal philosophy. As regards the perspective legal theory the paper will analyse the methods of legal reasoning of Advocate General Tizzano, as well as of the court, and will answer the question whether the judgment has a law-making character. As regards the perspective of critical legal philosophy, the article will analyse the judgment from the point of view of the concept of the political, the legitimacy of the judgment as well as its ontological presuppositions regarding human subjectivity and their ideological implications.

Keywords: legal interpretation, the political, legitimacy, Court of Justice of the European Union, contractual liability, non-material damage, travel contract, tourist law, consumer protection, *pretium doloris*, *iucundum cessans*, *homo iuvens*

Słowa kluczowe: wykładnia prawa, polityczność, legitymizacja, Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, odpowiedzialność *ex contractu*, szkoda niemajątkowa, umowa o podróż, ochrona konsumenta, prawo turystyczne, *pretium doloris*, *iucundum cessans*, *homo iuvens*

* Artykuł niniejszy powstał w ramach projektu badawczego Narodowego Centrum Nauki nr 2016/21/D/HS5/03912, realizowanego przez Centrum Edukacji Prawniczej i Teorii Społecznej, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, Uniwersytetu Wrocławskiego. Poglądy zawarte w artykule wyrażają jedynie osobiste stanowisko naukowe Autora.

1. Wprowadzenie

Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości¹ (dalej: ETS albo Trybunał) z dnia 12 marca 2002 r. w sprawie C-168/00 *Leitner* (dalej: wyrok *Leitner*), w którym Trybunał uznał, że pojęcie „szkody” ujęte w dyrektywie Rady z dnia 13 czerwca 1990 r. w sprawie zorganizowanych podróży, wakacji i wycieczek (90/314/EWG)² (dalej: dyrektywa o wycieczkach turystycznych) obejmuje także szkodę niematerialną, a w szczególności szkodę o charakterze emocjonalnym w postaci nieudanego urlopu, doczekał się licznych opracowań w perspektywie dogmatyki prawa cywilnego, w szczególności w ujęciu porównawczym. Siłą rzeczy w opracowaniach tych perspektywy teorii i filozofii prawa nie odgrywały jednakże głównej roli. Celem niniejszego tekstu jest rzeczoną lukę uzupełnić, poddając wyrok *Leitner* analizie od strony teoretycznej – po pierwsze, w perspektywie teorii prawa, a w szczególności teorii wykładni; po drugie zaś, w perspektywie filozofii prawa, w szczególności pod kątem polityczności i ideologii prawa oraz legitymizacji prawotwórczej roli ETS.

Pytania, na które niniejszy artykuł próbuje odpowiedzieć, będą następujące: po pierwsze, czy teza (bądź *ratio decidendi*) orzeczenia *Leitner* ma charakter prawotwórczy; po drugie, jakie metody wykładni wykorzystano w celu uzyskania takiego rozstrzygnięcia. Po tych dwóch pytaniach teoretycznoprawnych przyjdzie pora na pytania filozoficznoprawne. Po trzecie więc, zadam pytanie o polityczność wykładni, a po czwarte – o jej legitymizację. Takie kompleksowe ujęcie wyroku *Leitner* nie w perspektywie dogmatyki prawa cywilnego, ale w perspektywie teorii i filozofii prawa pozwoli na szersze spojrzenie, w ramach którego omawiany judykat stanowić będzie synekdochę orzecniczej działalności Trybunału.

2. Wyrok *Leitner* na tle prawa krajowego

Wyrok *Leitner* zapadł w procedurze orzeczenia wstępnego (znanej też jako procedura pytania prejudycjalnego), w ramach której sąd krajowy państwa członkowskiego Unii może przedstawić Trybunałowi do rozstrzygnięcia zagadnienie prawne dotyczące w szczególności wykładni prawa Unii. Przedmiotem zagadnienia przedłożonego przez sąd krajowy w sprawie *Leitner* była wykładnia art. 5 dyrektywy o wycieczkach turystycznych³,

¹ Po traktacie lizbońskim pojawiła się maniera określania Trybunału nazwą „Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej” i stosowania skrótowca „TSUE”. Warto podkreślić, że wcześniej oficjalną nazwą był: „Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich” i skrótowiec „TSWE”, którego jednak nie używano w literaturze naukowej. Nie widzę powodów, by zmiana nazwy oficjalnej (z TSWE na TSUE) miała powodować zmianę nazwy nieoficjalnej – ETS. Dlatego też ta tradycyjna, utarta już w literaturze nazwa, będzie wykorzystywana w niniejszym artykule.

² Dz. Urz. UE wyd. spec. w j. pol., rozdz. 13, t. 10, s. 132–137, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/1990/314/oj> (dostęp: 30.01.2018).

³ „1. Państwa Członkowskie podejmą wszelkie niezbędne kroki w celu zapewnienia odpowiedzialności organizatora i/lub punktu sprzedaży detalicznej wobec konsumenta za właściwe wykonanie zobowiązań

który w ust. 2 stanowi, że „w odniesieniu do szkody wyrządzonej konsumentowi w wyniku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, Państwa Członkowskie podejmą niezbędne kroki w celu zagwarantowania odpowiedzialności organizatora i/lub punktu sprzedaży detalicznej (...) [wyróżn. – RM]”. Sąd krajowy sformułował pytanie prejudycjalne w następujących słowach: „Czy art. 5 dyrektywy 90/314/EWG (...) należy interpretować w ten sposób, że obejmuje on, co do zasady, roszczenie o naprawienie szkody niemajątkowej (oryg. niem. *Ersatz von immateriellen Schadensersatzansprüchen*, fr. *droit à la réparation du préjudice moral*)?”⁴. Na tak sformułowane pytanie Trybunał udzielił zwięzłej, acz kategorycznej odpowiedzi, orzekając, iż przedmiotowy

wynikających z umowy, niezależnie od tego, czy obowiązki te mają być wykonane przez organizatora i/lub punkt sprzedaży detalicznej czy usługodawcę. Nie narusza to uprawnień organizatora i/lub punktu sprzedaży detalicznej w stosunku do tych usługodawców.

2. W odniesieniu do szkody wyrządzonej konsumentowi w wyniku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy Państwa Członkowskie podejmą niezbędne kroki w celu zagwarantowania odpowiedzialności organizatora i/lub punktu sprzedaży detalicznej, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy nie wynika ani z ich winy, ani z winy innego usługodawcy, a jest wynikiem:

- zaniedbań, które ujawnią się w trakcie wykonywania umowy, spowodowanych przez konsumenta,
- takich zaniedbań, które spowodowane są przez stronę trzecią, niezwiązaną ze świadczeniem usług objętych umową i których nie można ich było przewidzieć lub uniknąć,
- braków spowodowanych siłą wyższą, jak określono w art. 4 ust. 6 akapit drugi pkt ii), lub zdarzeniem, którego organizator i/lub punkt sprzedaży detalicznej lub usługodawca, nawet zachowując należytą staranność, nie mógł przewidzieć lub im zapobiec.

W przypadkach określonych w drugim i trzecim tiret od organizatora i/lub punktu sprzedaży detalicznej będących stroną umowy wymagane będzie udzielenie natychmiastowej pomocy konsumentowi, który znalazł się w trudnej sytuacji.

W kwestiach szkód wynikających z niewykonania lub nienależytego wykonania usług objętych imprezą Państwa Członkowskie mogą dopuszczać ograniczenie wysokości odszkodowania zgodnie z konwencjami międzynarodowymi regulującymi takie usługi.

Na wypadek szkody innej niż uszkodzenie ciała, wynikłej na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania usług objętych imprezą, Państwa Członkowskie mogą dopuszczać w rozsądnych granicach umowne ograniczenie wysokości odszkodowania.

3. Bez uszczerbku dla ust. 2 akapit czwarty można zastrzec, że wyłączenie przepisów ust. 1 i 2 w drodze klauzuli umownej nie jest dopuszczalne.

4. Konsument ma obowiązek zawiadomienia danego usługodawcy oraz organizatora i/lub punktu sprzedaży detalicznej o zauważonym na miejscu jakimkolwiek zaniedbaniu w wykonaniu umowy. Zawiadomienie to ma być dokonane przy najbliższej sposobności na piśmie lub w innej właściwej formie. Obowiązek ten musi być jasno i wyraźnie określony w umowie” [wyróżn. – RM].

⁴ Pytanie w oryginale brzmiało: „Ist Artikel 5 der Richtlinie 90/314/EWG des Rates vom 13. Juni 1990 über Pauschalreisen dahin gehend auszulegen, dass grundsätzlich der Ersatz von immateriellen Schadensersatzansprüchen gebührt?” [wyróżn. – RM]. Przekład *préjudice moral* bądź *immaterieller Schaden* jako „uszczerbek niemajątkowy” (a nie „uszczerbek moralny” czy „szkoda niematerialna”) przyjmuję za uchwałą polskiego Sądu Najwyższego z dnia 19 listopada 2010 r., sygn. akt III CZP 79/10, sprawa *Alfa Star Biuro Podróży*, „Transformacje Prawa Prywatnego” 2011, nr 1, s. 142. Uchwała ta recypowała do prawa polskiego wyrok *Leitner*, nakazując interpretować polskie przepisy implementujące zgodnie z sentencją tego wyroku. Odmienne tłumaczy *préjudice moral* M. Boszko, oddając je jako „szkoda niematerialna” (M. Boszko, *Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie Leitner. Odszkodowanie za szkodę niematerialną oraz model odpowiedzialności odszkodowawczej w dyrektywie w sprawie zorganizowanych podróży, wakacji i wycieczek*, „Transformacje Prawa Prywatnego” 2007, nr 1, s. 30–31), a także U. Walczak, która przyjmuje termin „uszczerbek niemajątkowy” (U. Walczak, *Uwagi 'de lege lata' i 'de lege ferenda' na temat zasad odpowiedzialności kontaktowej w świetle orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 12 marca 2002 r. w sprawie Simone Leitner v. TUI GmbH & Co*, „Transformacje Prawa Prywatnego” 2006, nr 2, s. 110).

przepis „należy interpretować w ten sposób, że przyznaje on, co do zasady, konsumentowi prawo do naprawienia uszczerbku niemajątkowego wynikającego z niewykonania lub nienależytego spełnienia świadczeń stanowiących wycieczkę pakietową”⁵.

Co istotne, przepis art. 5 posługuje się pojęciem „szkody” (*dommage*) w sposób ogólny, nie ograniczając jej do żadnej konkretnej postaci.

Zastrzegając, że ani dyrektywa, ani żaden przepis prawa Unii Europejskiej nie nakazuje interpretować pojęcia „szkody” zawartego w art. 5 dyrektywy w świetle prawa krajowego, godzi się zauważyć, że zagadnienie odpowiedzialności za szkodę niemajątkową należy do tych obszarów prawa prywatnego, w których podejście poszczególnych krajów Unii zasadniczo się od siebie różni⁶. Nie pretendując w tym miejscu do wyczerpującej analizy prawnoporównawczej⁷ – z uwagi na zgola odmienny, zarówno teoretyczny, jak i filozoficzno-prawny punkt widzenia artykułu – ograniczę moje uwagi do minimum niezbędnego dla zrozumienia kontekstu wyroku *Leitner*, co będzie istotne m.in. w kontekście badania jego polityczności i legitymizacji (zob. pkt 4 poniżej).

Otóż w przybliżeniu można stwierdzić, że odpowiedzialność za niemajątkową szkodę na osobie uznawały od dłuższego już czasu Francja i Belgia⁸. W obszarze odpowiedzialności *ex contractu* nastąpiło to najpierw w umowie o przewóz, a następnie w umowie o leczenie (w 1936 r.)⁹. W orzeczeniu Sądu Kasacyjnego z 2 czerwca 1981 r. przyjęto

⁵ Oryg. fr.: „L'article 5 de la directive 90/314/CEE (...) doit être interprété en ce sens qu'il confère en principe au consommateur un droit à la réparation du préjudice moral résultant de l'inexécution ou de la mauvaise exécution des prestations constituant un voyage à forfait”. Wersja w jęz. postępowania niem.: „Artikel 5 der Richtlinie 90/314/EWG (...) ist dahin auszulegen, dass er dem Verbraucher grundsätzlich einen Anspruch auf Ersatz des immateriellen Schadens verleiht, der auf der Nichterfüllung oder einer mangelhaften Erfüllung der eine Pauschalreise ausmachenden Leistungen beruht” [wyróżn. – R.M.]

⁶ K. Brieskorn, *Vertragshaftung und responsabilité contractuelle*, Tübingen 2010, s. 248.

⁷ Analizę ograniczam celowo do porządków prawnych wybranych państw członkowskich na dzień wyrokowania (2002 r.), dlatego też nie rozważam głębiej regulacji polskiej ani też implikacji wyroku *Leitner* dla prawa polskiego (ówcześnie na zasadzie Układu Stowarzyszeniowego, od 1.V.2004 r. na zasadzie obowiązku implementacji *acquis*). Zob. analizę wyroku *Leitner* na tle prawa polskiego (w tym orzecznictwa SN) w pracach: A. Wiewiórowska-Domagalska, *ECJ, 12 March 2002, Case C-168/00 Leitner v. TUI Deutschland GmbH & Co. KG – Polish case note*, „European Review of Private Law” 2003, vol. 1, s. 100–102; J. Luzak, K. Osajda, *Odpowiedzialność za zmarnowany urlop w prawie polskim*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2005, z. 2; U. Walczak, *Uwagi 'de lege lata'...*, s. 115–120; M. Boszko, *Wyrok...*, s. 52–61; P. Cybula, *O ewolucji zasad odpowiedzialności organizatora turystyki z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy o imprezę turystyczną*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu” 2011, nr 203; S. Łazarewicz, *Odpowiedzialność za „zmarnowany urlop” w świetle ustawy o usługach turystycznych, prawa Unii Europejskiej oraz orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości*, „Studia Prawnoustrojowe” 2012, t. 17, s. 44, 48–52; M. Wałachowska, *Odszkodowanie za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy o podróż i zadośćuczynienie za „zmarnowany urlop”* [w:] *Odpowiedzialność biur podróży a ochrona klientów w prawie polskim i Unii Europejskiej*, red. M. Nesterowicz, Toruń 2013; M. Sitek, *Ochrona konsumenta na rynku usług turystycznych* [w:] *Ochrona konsumenta w prawie polskim i Unii Europejskiej*, red. M. Królikowska-Olczak, B. Pachuca-Smulska, Warszawa 2013, s. 161. Dyskusję nad uregulowaniem odpowiedzialności *ex contractu* za szkodę niemajątkową *de lege ferenda* przedstawił R. Strugała, *Naprawienie szkody niemajątkowej w reżimie kontraktowym – perspektywa kodyfikacyjna* [w:] *Księga dla naszych kolegów. Prace prawnicze poświęcone pamięci doktora Andrzeja Ciska, doktora Zygmunta Masternaka i doktora Marka Zagrosika*, red. J. Mazurkiewicz, Wrocław 2013.

⁸ *European Contract Law – Materials for a Common Frame of Reference*, eds. B. Fauvarque-Cosson, D. Mazeaud, Munich 2008, s. 270–271.

⁹ J. Carbonnier, *Droit civil*, t. II, 22 éd., Paris 2004, s. 2189.

odpowiedzialność odszkodowawczą organizatora kolonii za jakość wyżywienia dzieci, przyjmując jako minimum brak zatruc pokarmowych¹⁰. Ogólnie rzecz ujmując, zasady odpowiedzialności za szkodę niemajątkową *ex delicto* i *ex contractu* są w prawie francuskim zasadniczo jednolite¹¹.

Na przeciwległym biegunie leżało tradycyjnie prawo niemieckie, które – idąc za wzorem rzymskim – sceptycznie odnosiło się do kwantyfikacji uszczerbków niemajątkowych¹². W pierwotnym tekście BGB przyjęto (§ 253 ust. 2 w zw. z § 847), że możliwe jest to tylko *ex delicto* i tylko w wypadku naruszenia konkretnych dóbr osobistych (życia, zdrowia, integralności cielesnej, wolności seksualnej)¹³. Jednakże w 1979 r. *ex lege* dopuszczono naprawienie szkody niemajątkowej w wypadku umowy o podróż (§ 651f ust. 2 BGB)¹⁴. Reforma prawa zobowiązań w 2002 r. dopuściła odpowiedzialność za szkodę majątkową *ex contractu*¹⁵. Jak wskazuje M. Boszko, w orzecznictwie niemieckim istnieje tendencja do przyznawania odszkodowania za nieudane wakacje w wysokości odpowiadającej kosztowi wycieczki turystycznej¹⁶.

Tradycyjny model niemiecki recypowany został m.in. w Grecji, gdzie art. 299 k.c. stanowił, że odszkodowania¹⁷ za szkody niemajątkowe dochodzić można tylko wtedy, gdy ustawa wyraźnie tak stanowi, przy czym ma to miejsce wyłącznie w wypadku odpowiedzialności *ex delicto* (art. 932 k.c. greckiego) oraz w wypadku naruszenia dóbr osobistych (art. 59 k.c. greckiego)¹⁸.

Wreszcie prawo angielskie dopuszczało kompensatę szkód niemajątkowych¹⁹, a istotnym precedensem jest tu wyrok *Jarvis v Swans Tours Ltd*²⁰, dotyczący właśnie nieudanego urlopu. Izba Lordów uznała w nim, że turysta ma prawo do naprawienia szkody polegającej na braku „rozrywki i przyjemności” (*entertainment and enjoyment*),

¹⁰ *Ibidem*, s. 2196.

¹¹ H. Kötz, *Europäisches Vertragsrecht*, 2 Aufl., Tübingen 2015, s. 397–398.

¹² *European Contract Law...*, s. 271; H. Kötz, *Europäisches Vertragsrecht*, s. 398.

¹³ M. Boszko, *Wyrok...*, s. 40–43.

¹⁴ H. Kötz, *Europäisches Vertragsrecht*, s. 398.

¹⁵ M. Boszko, *Wyrok...*, s., s. 41.

¹⁶ M. Boszko, *Wyrok...*, s. 43. Jest to zatem mniej prokonsumenckie podejście niż przyjmowane w orzecznictwie angielskim, gdzie zasadniczo przyznaje się odszkodowanie *in duplum* (zob. omówienie poniżej).

¹⁷ W niniejszym artykule nie będę się posługiwał polską konwencją terminologiczną, różnicującą odszkodowanie (*damages*, *dedomagement*, *Schadensersatz*) według rodzaju szkody („odszkodowanie” w wypadku szkód majątkowych, „zadośćuczynienie” w wypadku szkód niemajątkowych). Byłoby to niecelowe choćby dlatego, że granica między szkodą majątkową i niemajątkową (bądź materialną i niematerialną) przebiega różnie w różnych systemach prawnych, artykuł niniejszy zaś nie jest poświęcony dogmatyce polskiego prawa cywilnego. Nadto takie rozróżnienie terminologiczne jest – jak się wydaje – osobliwością polskiego języka prawnego i prawniczego (nie jest znane w angielskim, niemieckim ani francuskim) i jako takie należy ograniczyć do opisywania prawa polskiego (w języku polskim). Podobnie czyni M. Boszko, posługując się – w swych uwagach do wyroku *Leitner* – pojęciem „odszkodowania”, a nie „zadośćuczynienia”. Zob. M. Boszko, *Wyrok...*, s. 31.

¹⁸ G. Arnokourso, *ECJ*, 12 March 2002, Case C-168/00 *Leitner v. TUI Deutschland GmbH & Co. KG* – *English case note*, „European Review of Private Law” 2003, vol. 1, s. 98–100.

¹⁹ J. Dickie, *ECJ*, 12 March 2002, Case C-168/00 *Leitner v. TUI Deutschland GmbH & Co. KG* – *English case note*, „European Review of Private Law” 2003, vol. 1, s. 96–98. *European Contract Law...*, s. 272.

²⁰ [1973] 1 All ER 71.

których – wbrew obietnicom operatora – nie uzyskał. Warto dodać, że *in casu* sąd przyznał odszkodowanie w wysokości 195% ceny za nieudaną wycieczkę.

Podsumowując tę skrótową prezentację prawa wybranych państw członkowskich, należy podkreślić, że podział przebiegał, zasadniczo, wzdłuż linii rodzin prawnych (*legal families*), tzn. odpowiedzialność za szkodę niemajątkową dopuszczały państwa należące do rodziny anglosaskiej i romańskiej, sceptyczne stanowisko zajmowały zaś państwa rodziny germańskiej. Rozwiązanie niemieckie, istniejące od 1979 r., miało charakter kazuistyczny, odnoszący się na zasadzie *lex specialis* jedynie do umowy o podróż.

3. Wyrok *Leitner* w perspektywie teorii prawa

3.1. Czy wyrok *Leitner* ma charakter prawotwórczy?

Aby odpowiedzieć na pytanie, czy dane orzeczenie – a dokładniej jego *ratio decidendi*, czyli generalna i abstrakcyjna norma prawna, która stanowi podstawę przyjętego w nim rozstrzygnięcia – ma charakter prawotwórczy, konieczne jest porównanie treści tej rzeczywiście zastosowanej normy prawnej z treścią norm prawnych stanowiących, formalnie rzecz ujmując, podstawę danego rozstrzygnięcia. Ujmując rzecz za pomocą języka formantów prawnych R. Sacco²¹, w celu ustalenia, czy orzeczenie jest prawotwórcze, należy porównać zawarte w nim formanty orzecznicze – deklarowany i zastosowany – z formantami legislacyjnymi. Jeżeli treść formantów orzeczniczych będzie odmienna od formantów legislacyjnych (*in plus* albo *in minus*), oznaczać to będzie prawotwórczy charakter orzeczenia. Odmienność *in minus* oznaczać będzie dokonanie *interpretatio restrictiva*, a zatem częściową derogację normy prawnej zawartej w obowiązującym przepisie prawa, odmienność *in plus* oznaczać zaś będzie dokonanie *interpretatio expansiva*, tj. dodanie czegoś do normy prawnej już obowiązującej z woli ustawodawcy bądź też wręcz kreację nowej normy²².

Przy dokonywaniu analizy treści formantu legislacyjnego w prawie unijnym konieczne jest uwzględnienie kontekstu wielojęzyczności tego prawa. Oznacza to, że nie można

²¹ R. Sacco, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, „American Journal of Comparative Law” 1992, vol. 39, fasc. 1–2.

²² Por. w tym względzie interesujące rozważania Pawła Marcisza, który jednak nie odwołuje się do teorii formantów w celu wyjaśnienia istoty orzeczenia prawotwórczego. Autor ten za kluczowe kryterium uznaje semantykę przepisu – orzeczeniem prawotwórczym będzie według niego takie, które przekracza granice semantycznego odczytania przepisu. Odnosząc się wprost do ETS, stwierdza, że „za pośrednictwem prawa orzeczniczego Trybunał tworzy normy niecałkowicie zdeterminowane znaczeniem semantycznym przepisów. (...) Jeśli przepisy są niejednoznaczne, może istnieć stan, w którym obowiązujące normy pozostają nieokreślone i wiele pozostawiają decyzji stosującego prawa. Jednakże normy te mogą zostać uściślone czy może raczej stworzone, w granicach wyznaczonych przez niejednoznaczność, przez sądy (...). Treść normatywna prawa ulega wtedy zmianie – nowe uściślone normy nie są już tożsame ze znaczeniem semantycznym przepisów – stanowią ich znaczenie normatywne” (P. Marcisz, *Koncepcja tworzenia prawa przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej*, Warszawa 2015, s. 34). Autor ten zwraca ponadto uwagę, że: „istnieją także przypadki prawotwórstwa, kiedy tworzone są normy w oderwaniu od przepisów” (*ibidem*, s. 35, wyróżn. autora).

poprzestać na stwierdzeniu treści przepisu tylko na podstawie jednej z wersji językowych. Szczególnie w wypadku wyroku *Leitner*, zapadłego przed akcesją Rzeczypospolitej do Unii Europejskiej, mylące byłoby oparcie się na znaczeniu terminu „szkoda” zawartego w polskim tekście dyrektywy, zrekonstruowanym z uwzględnieniem jedynie polskiego języka prawnego i prawniczego. Co więcej, należy w tym kontekście przypomnieć, że Trybunał wypracował koncepcję autonomii pojęciowej prawa europejskiego – której nie zakwestionowały państwa członkowskie, przyjmując ją zatem co najmniej jako prawo zwyczajowe – z mocy której przy rekonstrukcji pojęć prawa UE nie można odwoływać się wprost do prawa krajowego. Nawet metoda prawno-porównawcza nie może tu mieć autorytatywnego zastosowania. W konsekwencji więc pojęcia prawa UE są z natury rzeczy otwarte i wymagają dookreślenia, które nie jest automatycznie dane poprzez odesłanie do rdzenia wspólnego prawom krajowym. Nie da się ukryć, że koncepcja autonomii pojęciowej prawa unijnego znacznie poszerzyła margines swobody interpretacyjnej Trybunału. Równocześnie zawężeniu – choć nie eliminacji²³ – uległa klasa orzeczeń, które można w świetle tej zasady uznać za czysto prawotwórcze.

Aby udzielić odpowiedzi na pytanie, czy wyrok *Leitner* jest prawotwórczy, należy zatem skonfrontować tezę tego wyroku (deklarowaną w nim normę prawną – formant orzeczniczy) z treścią art. 5 dyrektywy. W relewantnym zakresie art. 5 ust. 1 powiada, iż państwa członkowskie „podejmą wszelkie niezbędne kroki w celu zapewnienia odpowiedzialności organizatora i/lub punktu sprzedaży detalicznej wobec konsumenta za *właściwe wykonanie zobowiązań wynikających z umowy*, niezależnie od tego, czy obowiązki te mają być wykonane przez organizatora i/lub punkt sprzedaży detalicznej czy usługodawcę”, ust. 2 zaś tego artykułu powiada, że „w odniesieniu do *szkody wyrządzonej konsumentowi w wyniku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy*, Państwa Członkowskie podejmą niezbędne kroki w celu zagwarantowania odpowiedzialności organizatora i/lub punktu sprzedaży detalicznej, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy nie wynika ani z ich winy, ani z winy innego usługodawcy (...)” [wyróżn. – R.M.] Mowa jest więc w tych przepisach o *wykonaniu* zobowiązań umownych i odpowiedzialności za ich niewykonanie lub nienależyte wykonanie, a także odpowiedzialności za *szkodę* powstałą w wyniku takiego niewykonania lub nienależytego wykonania.

Przy rekonstrukcji normy zawartej w dyrektywie, tj. formantu legislacyjnego, nie można się przy tym sugerować faktem, iż w języku polskim termin „szkoda” odnosi się do szkody majątkowej, a na szkodę na osobie przyjęto termin „krzywda”. Podobnie bez znaczenia jest to, że w języku polskim przyjęto mówić o „odszkodowaniu” w wypadku szkody majątkowej oraz o „zadośćuczynieniu” w wypadku krzywdy (szkody na osobie). Są to względy całkowicie nerelevantne. Pewne znaczenie może mieć *usus* języka prawniczego angielskiego, francuskiego czy niemieckiego, choć w świetle zasady autonomii pojęciowej nie może on mieć znaczenia decydującego. Odwołanie się do tych trzech języków podyktowane jest nie tyle względami *stricte* normatywnymi, ile empirycznymi.

²³ Przykładowo wyroki *Van Gend en Loos* czy *Costa przeciwko ENEL* – będą i tak miały charakter prawotwórczy, nie odwołano się w nich bowiem do autonomii pojęciowej prawa UE, lecz stworzono całkowicie nowe pojęcia, nieznane w tekście Traktatów.

Wiadomo bowiem, że unijna legislacja pisana jest głównie w języku angielskim, Trybunał zaś za swój wewnętrzny język roboczy przyjął francuski. Wreszcie niemiecki jest językiem postępowania w sprawie *Leitner*, a nadto należy on do trzech języków roboczych Komisji.

Przytoczmy zatem kluczowy fragment art. 5 ust. 2 dyrektywy w trzech wskazanych wyżej językach:

- „les *dommages* qui résultent pour le consommateur de l'inexécution ou de la mauvaise exécution”;
- „*Schäden*, die dem Verbraucher aus der Nichterfüllung oder einer mangelhaften Erfüllung des Vertrages entstehen”;
- „*damage* resulting for the consumer from the failure to perform or the improper performance of the contract”.

Przy rekonstrukcji treści formantu legislacyjnego należy uwzględnić znaczenie terminów *dommage*, *Schaden* i *damage* w językach prawniczym francuskim, niemieckim i angielskim. Konkretnie należy rozważyć, czy terminy te – w okresie uchwalania dyrektywy, a na pewno na dzień wyrokowania w sprawie *Leitner*, denotowały wyłącznie szkodę majątkową, czy również szkodę niemajątkową. Innymi słowy, należy odpowiedzieć na pytanie, czy w zwyczajnym „prawniczym” języku francuskim, niemieckim i angielskim, prawnik mówiący o *préjudice*, *Schaden* bądź *damage* ma na myśli wyłącznie szkodę majątkową, czy też zarówno szkodę majątkową, jak i niemajątkową albo, zależnie od kontekstu, może mieć na myśli jedno bądź drugie.

Co istotne, w analizie tej nie idzie o to, czy w niemieckim, francuskim bądź brytyjskim systemie prawnym przewidywano odpowiedzialność operatora turystycznego za szkodę niemajątkową – jest to z punktu widzenia rekonstrukcji normy art. 5 dyrektywy nierelevantne. Chodzi o to, czy użyty w tej dyrektywie termin *préjudice* i jego odpowiedniki zakładał, wykluczał bądź dopuszczał objęcie nim także szkody niemajątkowej.

Pomocną wskazówką w rekonstrukcji znaczenia powyższego terminu w językach prawniczych są podstawowe słowniki prawnicze, traktowane nie tyle jako autorytet *per se*, ile jako źródło poznania *usus* językowego danej epoki.

Poczynając od języka francuskiego, należy podkreślić, że zarówno w języku ogólnym, jak i językach prawnym i prawniczym pojęcie *dommage* traktowane jest jako pojęcie ogólne, denotujące i szkodę materialną, i niematerialną. Etymologicznie wyraz *dommage* wywodzi się od łacińskiego *damnum*, *prejudice* zaś – od łacińskiego *praejudicium*²⁴. Terminami pośrednimi były: *dam*, *damage*, *domage*, by wreszcie w XII w. osiągnąć aktualną postać *dommage*. Z kolei w XVII w. pojawiła się zbitka *dommages et interets* oznaczająca naprawienie szkody (odszkodowanie, zadośćuczynienie). Warto od razu podkreślić, że postać francuskiego słowa z XI w. (*damage*) przyjęła się w języku angielskim.

²⁴ *Dictionnaire historique de la langue française*, éd. A. Rey, Paris 2000, t. I, s. 1120 s.v. *dommage* i s. 988 s.v. *dam*; *Le Grand Robert de la langue française*, éd. A. Rey, Paris 1986, t. VII, s. 709, s.v. *préjudice*.

I tak, słownik P.E. Littrégo z 1880 r.²⁵ definiuje szkodę (*dommage*) jako *prejudice ou dégât causé à quelqu'un, à quelque chose*, nie ograniczając tego pojęcia do szkody materialnej. Także słownik *Le Grand Robert* z 1986 r.²⁶ definiuje *dommage* jako *préjudice subi par qqn.* (uszczerbek poniesiony przez kogoś) i od razu wskazuje, że możliwy jest zarówno uszczerbek materialny (*dommage matériel*), jak i moralny (*dommage moral*), ten ostatni definiując jako odnoszący się do sfery czci, uczuć przywiązania. Podobnie ma się sprawa z pojęciem *prejudice*²⁷.

Zarówno doktryna, jak i orzecznictwo w większości posługują się terminami *dommage* i *prejudice* jako synonimami²⁸. Podobnie czynią teksty prawa międzynarodowego i unijnego²⁹.

Warto jednak odnotować, że kodeks Napoleona – obowiązujący we Francji, Belgii oraz Luksemburgu – posługuje się wyłącznie terminem *dommage*³⁰, takim samym, jaki pojawia się w art. 5 dyrektywy o pakietach turystycznych. Niektórzy autorzy postulują wprowadzenie jednak rozróżnienia terminologicznego, zgodnie z którym *dommage* oznaczałoby sam fakt naruszenia (w sferze faktyczności), a więc „uszczerbek”, termin *prejudice* zaś oznaczałby prawnie relewantne skutki tego naruszenia (w sferze normatywności), a więc „szkodę”³¹. Takiej też konwencji trzymać się będę w niniejszym artykule, oddając *dommage* jako uszczerbek, a *prejudice* – jako szkodę. Wedle takiej konwencji można mówić o uszczerbku materialnym, cielesnym i moralnym (*dommage matériel, corporal, moral*), zaś o szkodzie majątkowej lub niemajątkowej (*prejudice patrimonial, extra-patrimonial*).

Warto odnotować, że choć w treści art. 5 dyrektywy posłużono się pojęciem *dommage* (uszczerbek), to w pytaniu prejudycjalnym posłużono się pojęciem *prejudice* (szkoda). Tak czy inaczej, dystynkcja szkoda/uszczerbek nie jest tu dla nas istotna, lecz dystynkcja na uszczerbek materialny/cielesny/moralny oraz na szkodę majątkową/niemajątkową.

Należy podkreślić, że oba te terminy w języku francuskim prawniczym obejmują wszystkie możliwe postaci szkody i uszczerbku. Są to więc pojęcia generyczne³².

Jest to *usus* językowy dobrze ugruntowany, o czym świadczy łączenie obu pojęć z odpowiednimi przydawkami. I tak, przykładowo, w klasycznym traktacie J. Carbonniera czytamy o rozróżnieniu na *dommage matériel, dommage moral* i *dommage corporel*³³. Odnosząc się do odpowiedzialności *ex contractu*, autor ten wskazuje, że uszczerbek cielesny (*dommage corporel*) może mieć postać uszczerbku materialnego (*dommage matériel*) albo moralnego (*dommage moral*), przytaczając przykład cierpień pasażerów rannych w wypadku³⁴.

²⁵ P.E. Littré, *Dictionnaire de la langue française* [1880], repr. Chicago 1987, s. 1800–1801, s.v. *dommage*.

²⁶ *Le Grand Robert* ..., t. III, s.v. *dommage*, s. 623–624.

²⁷ *Ibidem*, t. VII, s. 709, s.v. *préjudice*.

²⁸ *European Contract Law*..., s. 265; K. Brieskorn, *Vertragshaftung*..., s. 189. Tak np. używa obu terminów J. Carbonnier, *Droit civil*, t. II, s. 2268.

²⁹ *European Contract Law*..., s. 254.

³⁰ K. Brieskorn, *Vertragshaftung*..., s. 190.

³¹ *European Contract Law*..., s. 265–266; K. Brieskorn, *Vertragshaftung*..., s. 189.

³² *European Contract Law*..., s. 254, 260.

³³ J. Carbonnier, *Droit civil*, t. II, s. 2272.

³⁴ *Ibidem*, s. 2189.

Podobnie rzecz się ma z językiem niemieckim. Tu również pojęcie *Schaden*³⁵ oznacza zarówno szkodę majątkową, jak i niemajątkową, a najlepszym dowodem na to jest sformułowanie „szkoda niebędąca szkodą majątkową” (*Schaden der nicht Vermogensschaden ist*), jakim posługuje się sam ustawodawca³⁶.

Wreszcie w języku angielskim pojęcie *damage* jest traktowane szeroko, bez ograniczania się do szkody majątkowej³⁷. Uszczerbek może dotknąć „majątek, kondycję lub okoliczności” (*estate, condition or circumstances*) poszkodowanego.

Czy wobec tego wyrok *Leitner* jest całkowicie nieprawotwórczy? Owszem, nie zapadł on ani *contra* ani *praeter legem*, lecz dokładnie *secundum legem* – ogólnemu pojęciu „szkody” przyporządkował znaczenie wszelkich postaci szkody, w tym zarówno majątkowej, jak i niemajątkowej. Niemniej jednak fakt, iż państwa członkowskie – będące wszak współautorami interpretowanych przepisów (w Radzie Ministrów EWG) – sugerowały węższe odczytanie tego pojęcia (kierując się zasadą harmonizacji minimalnej), podpowiada, iż rozstrzygnięcie zawarte w wyroku Trybunału nie było oczywiste. Mieściło się co prawda w granicach wykładni językowej (a zatem było zgodne z semantyką formantu legislacyjnego), możliwe byłoby jednak zawężenie rozumienia tego pojęcia i stwierdzenie chociażby, że pojęcie „szkody” nie zostało zharmonizowane, wobec czego „dochodzenie szkody” odnosi się do „szkody” w takim wymiarze i na takich zasadach, jak wynika to z właściwego prawa krajowego. Jeżeli prawo to uznaje, przykładowo, szkodę niemajątkową za szkodę – w danym wypadku można jej dochodzić. Jeżeli nie – nie można. W tym więc sensie nie ulega kwestii, że wyrok *Leitner* miał charakter prawotwórczy.

3.2. Dyrektywy wykładni w opinii Rzecznika Generalnego A. Tizzana

3.2.1. Uwagi wprowadzające

Analizę dyrektyw wykładni i ich praktycznego zastosowania w dyskursie interpretacyjnym, którego wynikiem jest teza wyroku *Leitner* wypada rozpocząć od rozumowania Rzecznika Generalnego A. Tizzana, który w swej opinii z dnia 20 września 2001 r. zasugerował rozstrzygnięcie sprawy, które następnie Trybunał przyjął za własne. Wielu autorów badających sposób rozumowania TSUE sugeruje, by idąc w tym względzie za francuską kulturą prawną przyjmować, że milczenie Trybunału w danej kwestii – o ile przyjął on merytoryczne rozstrzygnięcie sugerowane przez Rzecznika Generalnego – oznacza akceptację rozumowania zawartą w opinii³⁸.

³⁵ Por. wersję online słownika Duden: <http://www.duden.de/rechtschreibung/Schaden> (dostęp: 3.04.2017): „etwas, was die Gegebenheiten, die bestehende Situation in einer negativen, nicht wünschenswerten Weise verändert; teilweise Zerstörung; Beschädigung; Defekt; körperliche, gesundheitliche Beeinträchtigung; durch Verlust oder [teilweise] Zerstörung eines Guts entstandene Einbuße”.

³⁶ *European Contract Law...*, s. 271.

³⁷ J.A. Simpson, E.S.C. Weiner, *The Oxford English dictionary*, Oxford 1989, t. IV, s. 224, s.v. *damage*.

³⁸ *In casu* zob. M. Boszko, *Wyrok...*, s. 34.

3.2.2. Dyrektywy wykładni autonomicznej i *favor consumptoris*

Rzecznik zwrócił przede wszystkim uwagę, że dyrektywa przewiduje poziom harmonizacji minimalnej (pkt 21), dodając jednakże, iż taka harmonizacja nie oznacza, że „przepisy dyrektywy nie mają mocy normatywnej albo że taka moc normatywna odnosi się jedynie do zagadnień objętych całkowicie jednolitą regulacją” (pkt 22). Kluczowe, zdaniem Rzecznika, jest zatem ustalenie „rzeczywistego zakresu harmonizacji, przewidzianego przez dyrektywę” (pkt 23). Po tym wstępie Rzecznik przeszedł do analizy spornego art. 5 dyrektywy, wskazując, że w odróżnieniu od innych przepisów, nie przewidziano w nim dla państw członkowskich żadnego marginesu swobodnego uznania (pkt 24). Przepis ten – jak wskazał Rzecznik – posługuje się pojęciem „szkody” i pojęcie to należy zdefiniować. W tym momencie Rzecznik stwierdza, że: „Innymi słowy, jest to *typowe* zagadnienie dotyczące wykładni prawa wspólnotowego, które należy rozstrzygnąć zgodnie ze *zwykłymi* kryteriami, stosowanymi w takich wypadkach” [wyróżn. – RM]. Zwracają uwagę przymiotniki „typowy” i „zwykły”, co automatycznie sugeruje, że problem prawny można i trzeba rozwiązać, odwołując się do znanego instrumentarium. A jest nim nic innego, jak właśnie zasady „autonomicznej i jednolitej wykładni” pojęć prawnych zawartych w aktach prawa UE, „przy uwzględnieniu kontekstu przepisu oraz celu aktu prawnego” (pkt 25). Przytaczając utrwalone orzecznictwo, Rzecznik wyjaśnił, iż „jakiegokolwiek odesłanie do poszczególnych praw krajowych jest wykluczone, gdyż wspólnotowy porządek prawny nie ma, co do zasady, na celu definiowania pojęć na podstawie jednego lub więcej krajowych systemów prawnych, chyba że wyraźnie tak przewidziano” w danym przepisie (pkt 25).

Te utrwalone zasady wykładni autonomicznej i jednolitej Rzecznik uzupełnił o nową dyrektywę wykładni – *favor consumptoris*³⁹ – stwierdzając, że „w wypadku jakichkolwiek wątpliwości, przepisy przedmiotowej dyrektywy należy interpretować w sposób najkorzystniejszy dla podmiotu objętego ochroną, a mianowicie konsumenta usługi turystycznej” (pkt 26). Zdaniem Rzecznika, zasada *favor consumptoris* wynika *in casu* „nie tylko z systemowej analizy tekstu dyrektywy i jej celów, ale także z (...) faktu, że została ona uchwalona w oparciu o art. 100a ust. 3 [Traktatu EWG, obj. – R.M.], który wymaga, by akty harmonizujące w dziedzinie ochrony konsumenta oparte były na wysokim poziomie ochrony” (pkt 26).

Tak więc zdaniem Rzecznika, wykładni pojęcia „szkoda” w dyrektywie dokonywać należy przy łącznym uwzględnieniu dwóch dyrektywy wykładni: po pierwsze, dyrektywy autonomicznej i jednolitej wykładni prawa UE; po drugie, dyrektywy wykładni prokonsumenckiej (*favor consumptoris*), będącej w istocie konkretyzacją dyrektywy wykładni teleologicznej (gdzie *telos* to ochrona konsumenta). O ile pierwsza

³⁹ Pojęcie *favor consumptoris* (od neolatynizmu „consumptor”, konsument) przyjmuję za: G. Mäsch, *Rechtswahlfreiheit und Verbraucherschutz*, Berlin 1992, s. 61. W literaturze spotyka się także formę *favor consummentis*. Zob. np. E.H. Hondius, *Consumentenrecht*, „Ars Aequi” – Kwartaal Signaal” 2015, vol. 134, s. 7710 (zapewne od konkurencyjnego neolatynizmu „consumens”).

dyrektywa ma umocowanie w orzecznictwie TSUE, przytoczonym przez Rzecznika⁴⁰, o tyle druga znajduje, jego zdaniem, umocowanie wprost w przepisie traktatu (obecnie są to art. 114 i 153 TFUE). Dodatkowego umocowania drugiej z dyrektyw Rzecznik Tizzano poszukiwał także w opinii Rzecznika Generalnego Saggio w innej sprawie⁴¹.

3.2.3. Dyrektywy wykładni językowej

Przechodząc do meritum wykładni, Rzecznik w sposób klasyczny, zgodny z kanonami europejskiej kultury prawnej, rozpoczął swe rozważania od wykładni językowej (pkt. 28–29). Zwrócił uwagę, że „zarówno w tekście, jak i w preambule [dyrektywa] używa wielokrotnie, w sposób generyczny (*in modo generico*) terminu »szkoda« (*danno*), podczas gdy jedynie art. 5 ust. 2, i jedynie w tym artykule, pojawia się szczegółowa norma dla określonej kategorii szkód, a mianowicie »szkód innych niż szkody materialne« (*i danni diversi da quelli corporali*)” (pkt 28). Warto odnotować, że o ile wersja włoska mówi o *danni diversi da quelli corporali* (podążając tu za wersją francuską: *dommages autres que corporels*), o tyle w wersji angielskiej mamy *damage other than personal injury*. Wersja polska – będąca przekładem sporządzonym wiele lat po uchwaleniu dyrektywy – mówi w tym kontekście o „szkodzie innej niż uszkodzenie ciała” [wyróżn. – RM], co jest absolutnie nietożsame ze „szkodą inną niż materialna” (szkoda materialna może wszak polegać na uszkodzeniu rzeczy). Warto jednakże wskazać, że w języku francuskim pojęcie „szkody materialnej” oddawane jako *dommage materiel* bądź *prejudice materiel*, wobec czego *dommage corporel* istotnie zdaje się oznaczać właśnie uszkodzenie ciała.

Na podstawie dyrektyw wykładni językowej Rzecznik wskazał, że dyrektywa posługuje się terminem „szkoda” „w sposób generyczny (*in modo generico*) a zatem bez żadnych wskazówek ograniczających (*senza alcuna indicazione limitativa*)” (pkt 29), co przemawia za tym, by pojęcie oznaczone tym terminem „interpretować w sposób ekstensywny (*in modo estensivo*)”, wobec czego przyjąć należy, iż „co do zasady dyrektywa miała na celu objęcie swym zakresem zastosowania wszelkie typy szkód (*tutti i tipi di danno*), które pozostają w związku przyczynowym z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy” (pkt 29).

Dodatkowych argumentów dostarczyły Rzecznikowi dyrektywy wykładni logicznej, a mianowicie użycie w art. 5 ust. 2 określenia „szkody inne niż uszkodzenie ciała”. „Wedle wszelkiej logiki bowiem – pisze Rzecznik – takie odwołanie powinno prowadzić do wniosku, że pojęcie szkody, jakim posługuje się dyrektywa, obejmuje zarówno szkody na ciele (*danni corporali*), jak i szkody inne niż na ciele (*danni non corporali*)”.

⁴⁰ Na poparcie zasady wykładni autonomicznej i jednolitej Rzecznik przytoczył (w przyp. 1) wyroki TS: z dnia 10 listopada 2000 r., sprawa C-357/98 *Yiadom*, pkt 26; z dnia 19 września 2000 r., sprawa C-287/98 *Linster*, pkt 43; z dnia 18 stycznia 1984 r., sprawa 327/82 *Ekro*, pkt 11; z dnia 23 marca 2000 r., sprawa C-373/97 *Diamantis*, pkt 34; z dnia 12 marca 1996 r., sprawa C-441/93 *Pafatis*, pkt. 68–70. Na poparcie zaś zasady zakazu odwołania się do prawa krajowego przy wykładni prawa unijnego Rzecznik przytoczył: wyroki TS z dnia 2 kwietnia 1998 r., sprawa C-296/95, *EMU Tabac*, pkt 30; z dnia 14 stycznia 1982 r., sprawa 64/81, *Corman*, pkt 8, a także wyrok SPI z 8 marca 1990 r., sprawa T-41/89 *Schwedler przeciwko Parlamentowi*, pkt 27.

⁴¹ W przyp. 12 opinii RG Tizzano powołał się na opinię RG Saggio w sprawie C-140/97 *Rechberger*, pkt 17.

W dalszych rozważaniach rozbieżności terminologiczne dają się szczególnie we znaki, Rzecznik stwierdza bowiem, iż „»szkody na ciele« (*danni corporali*) są to szkody na osobie, to jest szkody, które czynią uszczerbek (*ledono*) nie tylko integralności fizycznej, ale także psychicznej, to jest powodują perturbacje psychiczne (*perturbamento psichico*), na jakie cierpi [poszkodowany] wskutek naruszenia tej pierwszej [tj. integralności fizycznej] (*pretium doloris, Schmerzensgeld*)” (pkt 30). Wyciąga stąd wniosek: „Tym samym już w tym pojęciu [szkody] zawarta jest idea naprawienia szkody niemajątkowej (*danno morale*)”. Angielski przekład opinii Rzecznika oddaje *danno morale* jako *non-material damage* (szkoda niematerialna), co jest nie do końca trafne, bowiem w terminologii włoskiej mamy do czynienia z trójpodziałem na szkodę materialną (*danno materiale*), moralną (*morale*) i cielesną (*corporale*) według tego, w jaką sferę prawnie chronioną godzi – w przedmioty materialne (*danno materiale*), w sferę moralną (*danno morale*) czy w sferę cielesną (*danno corporale*). Podział ten nie pokrywa się z podziałem na szkodę majątkową (*danno patrimoniale*) i niemajątkową (*danno non patrimoniale*), co wynika wprost z punktu 30 opinii, w którym Rzecznik pisze: „Tym bardziej taka idea jest zawarta w pojęciu »szkód innych niż szkody cielesne« (*danni diversi da quelli corporali*), do której dyrektywa odwołuje się w sposób rezydualny, ale również nieograniczająco (*menzionate residuale, ma ugualmente non limitativa*), należy zatem uznać, że pojęcie to obejmuje wszelkie szkody niecielesne, zarówno majątkowe, jak i niemajątkowe (*tutti i danni non corporali, siano essi di natura patrimoniale o non patrimoniale*)” (pkt 30). Niestety, sens powyższego zdania został wypaczony w wersji angielskiej, w której zlały się w jedno terminy: „szkoda niecielesna”, „szkoda niematerialna” i „szkoda niemajątkowa”⁴². Poprawny jest natomiast przekład francuski, w którym mowa jest o tym, że pojęcie *dommages autres que corporels* obejmuje *tous les dommages non corporels, qu'ils soient de nature patrimoniale ou non*.

Rzecznik A. Tizzano stwierdza następnie, że: „Nie wiadomo zatem, dlaczego w wypadku utraconej przyjemności z wakacji (*mancato godimento delle vacanze*) naprawienie szkody moralnej (*risarcibilità del danno morale*) miałoby zostać wyłączone lub ograniczone do określonych wypadków ([takich jak] *pretium doloris*), zważywszy, że właśnie w tych przypadkach może wystąpić tego rodzaju uszczerbek (*siffatto pregiudizio*)” (pkt 30 *in fine*).

Dalsze rozważania językowe prowadzą Rzecznika do zauważenia (w pkt. 31), że art. 5 ust. 2 dyrektywy pozwala państwom na ograniczenie zakresu odszkodowania za wszelką postać szkody na podstawie właściwych konwencji międzynarodowych. Natomiast w wypadku szkód innych niż na ciele (*danni non corporali*) ograniczenie wysokości odszkodowania możliwe jest w umowie, lecz jedynie w „rozsądnych” granicach. Rzecznik zwraca uwagę, zgadzając się w tym względzie z rządem belgijskim, że norma dotycząca ograniczenia odszkodowania za *danni non corporali* ma z pewnością na względzie szkody moralne (*danni morali*), bo te właśnie, z uwagi na swój subiektywny charakter, są trudne do kwantyfikacji i tym samym mogą wymagać ograniczenia

⁴² W wersji angielskiej zdanie to brzmi: „However, there are more convincing grounds for claiming that that idea is covered by the concept of ‘damage other than personal injury’, to which the Directive also refers, but not in a restrictive sense, so that it includes all damage, whether material or non-material”.

(pkt 31 *in fine*). Zdaniem Rzecznika właśnie ten przepis – pozwalający na limitowanie szkód innych niż szkody na ciele (*danni non corporali*) – *implicite* potwierdza prawo do odszkodowania za takie szkody (pkt 32).

3.2.4. Założenie o racjonalności prawodawcy

Po zakończeniu rozważań z zakresu wykładni językowej (pkt. 27–32), Rzecznik zbija argument oparty na założeniu o racjonalnym ustawodawcy (pkt 33). Wskazuje bowiem, że przeciwnicy objęcia zakresem dyrektywy szkody moralnej podnoszą, że prowadziłyby to do nadmiernego zakresu swobodnego uznania (w domyśle – dla sędziów stosujących jej przepisy). Mówiąc językiem polskiej teorii prawa, jest to argument z racjonalności ustawodawcy: racjonalny ustawodawca, gdyby rzeczywiście chciał wprowadzić odpowiedzialność za szkody moralne, wprowadziłby jakieś kryteria ich oceniania, a skoro tego nie uczynił, to należy przyjąć, że nie miał zamiaru, by pojęcie szkody obejmowało także szkodę moralną. Rzecznik z takim rozumowaniem się nie zgadza i zbija je – moim zdaniem, trafnie – wskazując, że ustawodawca unijny nie zdefiniował przesłanek odpowiedzialności i zasad obliczania odszkodowania także w wypadku szkody materialnej, której objęcie zakresem zastosowania dyrektywy wątpliwości wszak nie budzi (pkt 33 *in medio*).

Rzecznik przy okazji dodaje – z powołaniem się na pracę włoskiego komparatysty Guido Alpy⁴³ – że zasady oceniania i kwantyfikacji szkody są bardzo różne w poszczególnych państwach, co prowadzi do prawdziwego „chaosu w ocenianiu” (*caos valutativo*) (pkt 33 *in fine*).

3.2.5. Wykładnia systemowa

Po wtręcie opartym na argumentie racjonalnego ustawodawcy (pkt 33), przechodzi Rzecznik Tizzano do wykładni systemowej (pkt. 34–36). Polega ona w istocie na porównaniu sposobu uregulowania szkody w dyrektywie o pakietach turystycznych ze sposobem jej uregulowania w dyrektywie o odpowiedzialności za produkt (85/374). Jest to więc wykładnia systemowa o charakterze wewnątrzsystemowym, czyli ograniczonym do systemu prawa UE. Rzecznik najpierw zwraca uwagę, iż rządy austriacki i francuski – przeciwne uznawaniu, że pojęcie szkody w dyrektywie turystycznej rozciąga się na szkody moralne – powołały się na dyrektywę o odpowiedzialności za produkt, wskazując, że jej art. 9 pozostawia państwom swobodę w kwestii odpowiedzialności za szkody moralne (pkt 34 *in principio*). Taki argument byłby więc *argumentum per analogiam* – skoro w dyrektywie produktowej dopuszczono swobodę państw członkowskich, to *per analogiam* należy dotworzyć taką normę w dyrektywie turystycznej.

Z takim rozumowaniem Rzecznik A. Tizzano się nie zgodził. Zwrócił uwagę, że dyrektywa produktowa drobiazgowo reguluje postacie szkody, odnośnie do których wprowadza ona harmonizację zasad odpowiedzialności, podczas gdy dyrektywa turystyczna

⁴³ G. Alpa, *Il danno all persona nella prospettiva europea* [w:] *Il diritto privato dell'Unione europea*, t. I, dir. A. Tizzano, Torino 2000, s. 803.

nie kategoryzuje postaci szkody, posługując się pojęciem szkody „w sposób ogólny i nie-różnicowany” (pkt 34 *in fine*). Wobec powyższego Rzecznik konkluduje, że: „Wybór, by w odmienny sposób sformułować obie dyrektywy nie był więc bynajmniej przypadkowy. Jest bowiem jasne, że gdy ustawodawca wspólnotowy chciał rozróżnić, jak w dyrektywie 85/374, szkody, za które producent ma być odpowiedzialny, od tych, których regulację pozostawia się państwowi członkowskiemu, uczynił to wyraźnie. Jeżeli natomiast, jak w późniejszej dyrektywie 90/314 zdecydował się on odwołać w sposób generyczny i nieodróżniający (*in modo generico e indistinto*) do pojęcia »szkod«, należy stąd wyciągnąć wniosek, że uczynił to w tym celu, by pomieścić w tymże pojęciu wszelkie możliwe typy szkody (*tutti i possibili tipi di danni*) powiązane z niewykonaniem obowiązków umownych, tj. chciał przyjąć pojęcie szkody szerokie i wszechogarniające (*una nozione ampia e onnicomprensiva*)” (pkt 35).

Zastosowana przez Rzecznika wykładnia systemowa przyjęła zatem postać wykładni systemowo-językowej⁴⁴, gdyż porównując różne instytucje w ramach tego samego systemu prawa, Rzecznik bada przede wszystkim sposób sformułowania przepisów przez ustawodawcę.

M. Boszko nie zgadza się z tym aspektem rozumowania Rzecznika A. Tizzana twierdząc, że zastrzeżenie zawarte w dyrektywie produktowej podyktowane było faktem, iż jest ona instrumentem harmonizacji maksymalnej, wobec czego konieczne było wyliczenie *explicite* materii pozostawionych w gestii ustawodawcy krajowego⁴⁵. Nie sposób argumentowi temu odmówić pewnej trafności, jednakże nie można też przyjąć, by podważał on kanon *lege non distinguente* zastosowany przez Rzecznika. Faktem jest bowiem, co wskazałem powyżej (w pkt. 3.1), że pojęcie *dommage* użyte w dyrektywie oznacza i w języku ogólnym, i prawniczym szkodę zarówno majątkową, jak i niemajątkową. Ustawodawca unijny zdawał sobie sprawę z tego faktu, a mimo to zdecydował się użyć określenia ogólnego. Argument ten jest, moim zdaniem, rozstrzygający.

3.2.6. Rozstrzygnięcie zagadnienia w oparciu o względy wykładni językowej i systemowej

Względy wykładni językowej⁴⁶ i systemowej pozwoliły Rzecznikowi na udzielenie odpowiedzi na pytanie sądu krajowego, co uczynił w pkt. 36 opinii: „W świetle powyższego, doszedłem do wniosku, że pojęcie szkody, za którą organizator lub sprzedawca jest odpowiedzialny wskutek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy o podróż i usługi typu »wszystko włączone«, ujęte w art. 5 dyrektywy 90/314, obejmuje także szkody

⁴⁴ Nie jest natomiast trafna analiza M. Boszko (*Wyrok...*, s. 38), wedle której Rzecznik A. Tizzano zastosował metodę wykładni *a contrario*. Jeżeli już, to należałoby tu mówić o wykładni z użyciem kanonu *lege non distinguente*. *Argumentum a contrario* polega bowiem na tym, że rozumiemy na podstawie tego, co ustawodawca powiedział, by wyciągnąć wniosek, że to, co pominął, nie jest objęte zakresem danej normy (*inclusio unius est exclusio alterius*). Tymczasem Rzecznik nie opiera swego argumentu na tym, że tekst dyrektywy coś zawiera, wobec czego *a contrario* wyklucza coś innego, lecz na stwierdzeniu, że *lege non distinguente* pojęcie szkody obejmuje także szkodę niemajątkową.

⁴⁵ M. Boszko, *Wyrok...*, s. 38.

⁴⁶ Podobnie U. Walczak, *Uwagi 'de lege lata'...*, s. 113, która zauważa, że wykładnia językowa art. 5 dyrektywy jest „węzłowym argumentem” na rzecz „zakresowo najpełniejszej wykładni pojęcia szkody.”

moralne (*danni morali*) będące skutkiem utraconej przyjemności z wakacji (*mancato godimento della vacanza*). Przytoczyłem ten fragment w całości po to, by podkreślić, że już na etapie wykładni językowej i systemowej (mającej charakter wewnątrzsystemowy i systemowo-językowy) Rzecznik Tizzano uzyskał odpowiedź na nurtujące Trybunał pytanie sądu krajowego. Dalsze rozważania (pkt. 37–42) mają już charakter wspierający, a nie rozstrzygający. Świadczy o tym przede wszystkim intytulacja sekcji poprzedzająca pkt. 37: „Dalsze argumenty na rzecz możliwości naprawienia szkody moralnej”, oraz sformułowanie pkt. 37 *in principio*, gdzie Rzecznik powiada: „Ten wniosek [tj. zawarty w pkt. 36 – obj. R.M.] znajduje, moim zdaniem, bezpośrednie lub pośrednie wsparcie (*è... direttamente o indirettamente corroborata*) w innych argumentach (...)”.

Innymi słowy, Rzecznik zakończył wykładnię na etapie wykładni systemowej, a dodatkowe rozważania mają charakter uzupełniający, wspierający, ale nie decydujący. Jest to zgodne z podejściem klasycznej europejskiej szkoły wykładni, reprezentowanej u nas choćby przez podejście klasyfikacyjne J. Wróblewskiego i w praktyce stosowanej przez nasze sądy.

3.2.7. Argument pomocniczy z orzecznictwa

Argumenty pomocnicze, podane przez Rzecznika, były trojakiego rodzaju: po pierwsze, argument z orzecznictwa wspólnotowego (pkt 38), po drugie, argument porównawczy z prawa międzynarodowego publicznego (pkt 39) oraz po trzecie, argument prawno-porównawczy z prawa krajowego państw członkowskich (pkt. 40–42).

Argument pomocniczy z orzecznictwa (pkt 38) dotyczy przyjęcia, w orzecznictwie SPI, że odpowiedzialność UE za szkodę (na podstawie art. 340 TFUE) obejmuje także szkodę moralną. Jako przykłady Rzecznik wymienił: utratę możliwości studiowania oraz naruszenie wizerunku i reputacji przedsiębiorstwa, uznane za objęte odpowiedzialnością odszkodowawczą Wspólnoty w orzecznictwie SPI⁴⁷. Argument z orzecznictwa jest w istocie również argumentem systemowym, Rzecznik postuluje bowiem harmonijną wykładnię przepisów o odpowiedzialności odszkodowawczej w reżimie *ex delicto* (art. 340 TFUE) i reżimie *ex contractu* (dyrektywa turystyczna).

3.2.8. Argument pomocniczy z traktatów międzynarodowych

Co się tyczy umów międzynarodowych, Rzecznik Tizzano zauważył, że Konwencja warszawska z 1929 r., Konwencja berneńska z 1961 r. o transporcie kolejowym, Konwencja ateńska z 1974 r. o transporcie morskim czy wreszcie Konwencja paryska o odpowiedzialności hotelarzy z 1962 r. posługują się pojęciem „szkody” w sposób ogólny, „a zatem nie wykluczają szkody moralnej (*danno morale*)” (pkt 39 *in principio*). Dodatkowym argumentem za ich uwzględnieniem jest ich wzmiankowanie w motywie 18 dyrektywy.

⁴⁷ Wyroki: z dnia 21 marca 1996 r., T-230/94 *Farrugia*; z dnia 28 stycznia 1999 r., T-230/95 *BAI*; z dnia 29 października 1998 r., T-13/96 *TEAM*.

Szczególną uwagę Rzecznika Tizzana przyciągnęła Konwencja brukselska o umowie o podróż z 1970 r., która wprowadza odpowiedzialność przewoźnika za *tout préjudice causé au voyageur*, jednocześnie określając maksymalne odszkodowania za szkody na ciele (*danni corporali*), szkody materialne (*danni materiali*) i wszelkie inne szkody (pkt. 39 *in fine*)⁴⁸.

3.2.9. Argument pomocniczy z prawa krajowego

Po przeglądzie prawa międzynarodowego Rzecznik przechodzi do systemów prawnych wybranych państw członkowskich. Jak widać, czyni to na samym końcu analizy (pkt. 40–42), by nie tworzyć wrażenia, że dokonał prawnoporównawczej wykładni pojęcia „szkody”, co byłoby niezgodne z zasadą autonomicznej i jednolitej wykładni pojęć prawa unijnego (pkt. 24). Co niezwykle istotne w estetyce opinii Rzecznika A. Tizzana, analiza prawa krajowego została szczególnie odizolowana od rozważań o prawie unijnym, a wręcz oddzielona (rozważaniami o prawie międzynarodowym publicznym: pkt. 39–40). Ma to silny wydźwięk symboliczny.

Rzecznik wspomniał, że państwa członkowskie, w swoim ustawodawstwie i orzecznictwie, „nie tylko ogólnie poszerzyły możliwości naprawienia szkody niemajątkowej, ale także poświęciły szczególną uwagę naprawieniu »szkody w wyniku nieudanych wakacji« (*danno da vacanza rovinata*), rozumianej właśnie jako uszczerbek niemajątkowy (*pregiudizio non patrimoniale*) poniesiony przez turystę przez to, że nie mógł, wskutek naruszenia zobowiązania umownego przez operatora turystycznego, w pełni czerpać przyjemności (*per non aver potuto godere pienamente*)⁴⁹ z korzyści wyjazdu zorganizowanego jako okazja do rozrywki i odpoczynku (*occasione di svago e di riposo*)” (pkt. 40 *in medio*).

Spośród systemów prawa krajowego ówczesnych państw członkowskich, Rzecznik przytoczył prawo niemieckie, belgijskie, hiszpańskie, holenderskie, brytyjskie, irlandzkie, francuskie oraz włoskie. Pomiął natomiast prawo państw skandynawskich oraz prawo greckie (prawo austriackie stanowiło część stanu faktycznego sprawy).

Odnosnie do prawa niemieckiego Rzecznik wskazał na § 651f ust. 2 BGB (dodany w 1979 r.), który przyznał turystyce prawo do naprawienia szkody z powodu odwołania lub poważnego zakłócenia wycieczki turystycznej, wskazując, że orzecznictwo niemieckie dokonało uszczegółowienia tej normy na podstawie obiektywnych kryteriów, takich jak odległość od morza, jakość żywienia, hałas, brak balkonu lub okna itp. (pkt. 41 opinii). Co do prawa belgijskiego, hiszpańskiego i niderlandzkiego Rzecznik zadowolili się wzmianką, wedle której kraje te przewidują naprawienie szkody niemajątkowej (pkt. 41 *in fine*).

⁴⁸ Przekład angielski po raz kolejny obarczony jest nieścisłością, gdyż *danni corporali* oddano jako *non-material damage* (szkoda niematerialna), co zupełnie pozbawione jest sensu. Ogólnie rzecz biorąc, przekład angielski opinii RG Tizzano bardziej utrudnia, niż ułatwia zrozumienie toku rozumowania Rzecznika (którego z pewnością nie rozumiał tłumacz).

⁴⁹ Albo: „nie mógł w pełni korzystać”, jeżeli *godere* oddamy w języku prawniczym. Ma ono jednak, podobnie jak angielskie *enjoy* podwójne znaczenie, którego polskie „korzystać” już nie ma.

Na osobną wzmiankę zasłużyło w opinii Rzecznika prawo angielskie, o którym napisał następująco: „(...) muszę oczywiście wspomnieć przede wszystkim Zjednoczone Królestwo, którego orzecznictwo jest notoryjnie najbardziej otwarte (choć nie aż tak jak amerykańskie) w kwestii naprawienia szkody niemajątkowej (*danno non patrimoniale*)” (pkt 42 *in principio*). Następnie Rzecznik wskazał na prawo irlandzkie, które wykazuje podobieństwo z brytyjskim, po czym przeszedł do prawa francuskiego, w którym – jak zauważył – naprawienie szkody w postaci nieudanych wakacji (*vacanza rovinata*) dopuszcza orzecznictwo. Wspomniał wreszcie o prawie włoskim, w którym pomimo ogólnego ograniczenia odpowiedzialności za szkodę niemajątkową (*danno non patrimoniale*) do szkód powstałych wskutek czynów zabronionych ustawą karną (lub wypadków wyraźnie wskazanych w ustawie) orzecznictwo dopuściło naprawienie szkody będącej skutkiem nieudanych wakacji (pkt 42 *in fine*).

Analiza prawno-porównawcza pozwala Rzecznikowi na wyciągnięcie ogólniejszych wniosków – konstatuje on „istnienie rozpowszechnionej tendencji, mniej lub bardziej zaawansowanej w poszczególnych porządkach prawnych, idącej w kierunku poszerzenia odpowiedzialności za ten typ szkody a mówiąc dokładniej, za szkodę powstałą przez nieudane wakacje (*danno da vacanza rovinata*)” (pkt 43 *in principio*). A zatem na podstawie danych prawno-porównawczych Rzecznik Tizzano wyciągnął wniosek, że istnieje tendencja do wprowadzania odpowiedzialności odszkodowawczej za nieudane wakacje.

3.2.10. Argument pomocniczy z obserwacji socjologicznej

Następnie, w tym samym punkcie swej opinii, Rzecznik przechodzi do rozważań natury ogólniejszej, które są niezwykle interesujące w perspektywie filozoficznoprawnej, przyjdzie więc do nich jeszcze powrócić w dalszej części pracy. Otóż stwierdza on, że tendencja na rzecz poszerzania odpowiedzialności za szkodę powstałą wskutek nieudanych wakacji „łączy się z kompleksową ewolucją materii odpowiedzialności [cywilnej], a także – z ogólnego punktu widzenia – z pełnym impetum rozwojem turystyki oraz faktem, że wakacje, podróże i pobyty turystyczne nie stanowią już przywileju wąskiego kręgu, ale stały się przedmiotem konsumpcji rosnącej liczby osób, które przeznaczają na nie część swoich oszczędności oraz swoich urlopów pracowniczych i ferii szkolnych. I właśnie fakt, że wakacje nabrały specyficznej funkcji społeczno-gospodarczej i stały się tak ważne dla jakości życia osób, oznacza, iż pełne i skuteczne czerpanie z nich przyjemności (*godimento*) stanowi *per se* wartość godną ochrony” (pkt 43 *in medio et in fine*). Mamy tu więc zarówno obserwację socjologiczno-prawną – poszerzenie kręgu podmiotów turystyki – ale też filozoficznoprawną (przyjemność z wakacji jako wartość godna ochrony prawnej).

Patrząc jednak na razie nie z perspektywy filozofii prawa, ale teorii prawa, należałoby w określony sposób zaklasyfikować te dwa argumenty jako elementy prawniczego dyskursu interpretacyjnego. Pierwszy z nich, odwołujący się do prostej obserwacji socjologicznej (wzrastająca liczba osób wyjeżdżających na wakacje, poświęcanie na ten cel środków pieniężnych, jak też urlopów i ferii), będzie się zaliczał do kręgu

argumentów „pragmatycznych”, odwołujących się do istniejącej praktyki społeczno-gospodarczej. A zatem Rzecznik rozumuje w ten sposób: skoro coraz więcej osób wyjeżdża na wakacje i przeznacza na ten cel środki i wolny czas, jest to argumentem na rzecz takiej wykładni, która zapewni turystom maksymalny możliwy (w granicach tekstu prawnego) poziom ochrony. A zatem skoro mamy do czynienia ze zwrotem nie-dookreślonym, który nie został zdefiniowany w akcie prawnym (chodzi o termin „szkoda”), należy nadać mu najszerze możliwe znaczenie, w granicach znaczenia językowego. Ponieważ termin „szkoda” rozumiany jest częstokroć jako obejmujący także szkodę moralną (czego dowodem są liczne przykłady, przytoczone wyżej przez Rzecznika), a zatem należy przyjąć takie właśnie znaczenie, gdyż uwzględnia ono określoną praktykę społeczno-gospodarczą.

3.2.11. Argument pomocniczy z aksjologii

Drugi natomiast z argumentów ma charakter aksjologiczny. Przesłanką rozumowania Rzecznika A. Tizzana jest stwierdzenie, że przyjemność z urlopu (*iucundum feriarum*) stanowi wartość cenioną przez obywateli. Wobec tego wartość ta powinna być także chroniona prawnie w postaci odpowiedzialności *ex contractu* za *iucundum cessans* (utraconą przyjemność z urlopu). Entymematyczną przesłanką tego rozumowania jest teza, że prawo powinno chronić te wartości, które są istotne dla przeważającej części społeczeństwa, a zatem – że prawo powinno być aksjologicznie responsywne. Teza ta jest pokrewna założeniom wykładni dynamicznej, wedle której wykładnia prawa powinna mieć na celu jego „aktualizację”, dostosowywanie do zmieniających się okoliczności. Co prawda Rzecznik nie odnosi się do *travaux preparatoires* dyrektywy, ale gdyby zostało wykazane, że ustawodawca historyczny, posługując się pojęciem „szkody” w 1990 r., miał na myśli jedynie szkodę majątkową, to i tak można by utrzymywać – na zasadzie wykładni dynamicznej – że w 2002 r., a więc w czasie orzekania w sprawie *Leitner*, pojęciu temu należy nadać szersze znaczenie właśnie dlatego, że w okresie pomiędzy uchwaleniem dyrektywy a dniem orzekania turystyka pakietowa rozwinęła się w takim stopniu, że oczekiwania społeczne dotyczące naprawienia szkody niematerialnej wymagają, ze względu na powszechnie przyjmowaną aksjologię, takiego właśnie rozstrzygnięcia przedłożonego zagadnienia prawnego.

Wagę względów socjologicznych (pragmatycznych) i aksjologicznych dobitnie wyraża Rzecznik Tizzano w pkt. 44 *in principio*, gdy odnosząc się do nich, stwierdza wprost: „Ale są to właśnie te względy, jeśli nie tylko one, które, jak zostało to pokazane, stanowiły źródło inspiracji dyrektywy 90/314: aspektowi najściślej ekonomicznemu, polegającemu na eliminacji przeszkód do swobodnego świadczenia usług turystycznych, towarzyszy w istocie aspekt ochrony konsumenta/turysty”. Pozwala to Rzecznikowi stwierdzić: „Przyjemny przebieg wakacji (*il gradevole svolgimento della vacanza*) kwalifikuje się zatem, także we wspólnotowym kontekście prawnym, jako wartość godna ochrony (*un valore degno di tutela*), wobec czego szkoda będąca konsekwencją braku przyjemności z wakacji (*danno conseguente al suo mancato godimento*) uzyskuje, w ramach umowy o usługi typu »wszystko włączone«, stopień

określoności uzasadniający jej naprawienie (*una specificità tale da giustificare l'indennizzo*). Z tego punktu widzenia wykładnia, która prowadziłaby do wyłączenia możliwości dochodzenia naprawienia takiego uszczerbku w zakresie stosowania dyrektywy, poza tym, że nie znajduje podstaw ani w tekście, ani w celach dyrektywy 90/314, prowadziłaby do pozbawienia dyrektywy części jej użytecznego skutku (*effetto utile*) i mogłaby być sprzeczna z normą samego art. 95 ust. 3 WE, który wymaga, jak zostało to wskazane, by środki harmonizujące w dziedzinie ochrony konsumenta opierały się na wysokim poziomie ochrony”.

Jak zauważa S. Łazarewicz, zgadzając się w tym względzie z rozumowaniem Rzecznika i w pewnym stopniu je rozwijając, wyrok *Leitner* „potwierdza znaczenie doktryny *effet utile*. Odgrywa ona szczególną rolę zwłaszcza w odniesieniu do usług turystycznych, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy powoduje nie tylko szkody majątkowe, ale także niemajątkowe. Obniżenie ceny imprezy turystycznej nie rekompensuje uszczerbku w dobrach konsumenta, jakim jest wypoczynek, relaks, komfort psychiczny itp. Zdarza się, że turysta w wyniku nienależytego wykonania umowy ponosi uszczerbek wyłącznie niematerialny. Prawo do odszkodowania będzie zatem skuteczne tylko wtedy, gdy obejmie także szkodę niemajątkową, jaką jest utrata przyjemności. Inna interpretacja stawiałaby pod znakiem zapytania cel dyrektywy, a samo odszkodowanie pozbawiała znaczenia praktycznego”⁵⁰.

3.3. Dyrektywy wykładni w rozumowaniu Trybunału

3.3.1. Wprowadzenie

Analizując wyrok *Leitner* w perspektywie teorii wykładni należy na wstępie podkreślić niezwykłą zwięzłość zasadniczej części uzasadnienia, w której Trybunał przedstawił tok rozumowania prowadzący do wskazanego wyżej rezultatu interpretacyjnego (pkt. 19–24 wyroku). Wcześniejsza część wyroku (historyczna) zawiera opis przebiegu postępowania i stanowiska stron.

W pierwszym punkcie wyroku zawierającym uzasadnienie prawne rozstrzygnięcia – tj. w pkt. 19 – Trybunał ograniczył się do przytoczenia brzmienia art. 5 ust. 2 akapit pierwszy⁵¹. Trudno mówić w tym wypadku o jakiegokolwiek dyrektywie wykładni, którą tu zastosował. Można by ewentualnie twierdzić, że chodzi o wykładnię językową, skoro Trybunał przytoczył, bez dodatkowego komentarza, brzmienie przepisu. Mimo to brak jakiegokolwiek odwołania się do argumentów językowych każe przyjąć, że pkt 19 nie zawiera żadnego rozumowania.

⁵⁰ S. Łazarewicz, *Odpowiedzialność...*, s. 47–48.

⁵¹ Oryg. fr.: „Il convient de rappeler que l'article 5, paragraphe 2, premier alinéa, de la directive impose aux États membres d'adopter les mesures nécessaires pour que l'organisateur de voyages répare «les dommages qui résultent pour le consommateur de l'inexécution ou de la mauvaise exécution du contrat»”.

3.3.2. Dyrektywy wykładni teleologicznej oraz argument z konsekwencji

Rozumowanie zaczyna się zatem dopiero w pkt. 20, w którym Trybunał przechodzi do wykładni teleologicznej (celowościowej), powołując się w tym celu na preambułę. Stwierdza mianowicie, że „z motywu 2 i 3 dyrektywy wynika, iż ma ona na celu (*a pour but, bezweckt*) usunięcie różnic ujawnionych pomiędzy regulacjami i praktykami różnych państw członkowskich w materii podróży pakietowych, które to różnice mogą pociągać za sobą zakłócenia konkurencji pomiędzy podmiotami gospodarczymi mającymi siedzibę w różnych państwach członkowskich”⁵².

W pkt. 21 Trybunał rozwija myśl o celu dyrektywy, wskazując, że „istnienie w jednych państwach obowiązku naprawienia szkody materialnej, a w innych brak takiego obowiązku mógłby skutkować zakłóceniami konkurencji, biorąc pod uwagę fakt, jak podniosła Komisja, że szkody niematerialne (*préjudices moraux, immatérielle, Schäden*) często obserwuje się w tej dziedzinie”. Argument zawarty w pkt. 21 można od biedy określić jako argument z konsekwencji, albowiem odwołuje się on do konsekwencji w postaci zakłócenia konkurencji. Jednocześnie pozostaje on w ścisłym związku z argumentem teleologicznym, zawartym w pkt. 20.

W pkt. 22 Trybunał znów powraca do wątku teleologicznego, stwierdzając, że „dyrektywa, a dokładniej jej art. 5, ma na celu (*vise à donner, bezweckt*) zapewnienie ochrony konsumentom, a w ramach podróży turystycznych naprawienie szkody spowodowanej utratą przyjemności z wakacji (*agrément de vacances, Urlaubsfreude*) ma dla konsumentów znaczenie szczególne”. M. Boszko twierdzi, że „sformułowanie to nie zostało oparte na żadnym konkretnym przepisie dyrektywy”⁵³, co odpowiada rzeczywistości, w istocie zostało ono bowiem oparte na opinii Rzecznika Generalnego, a dokładniej na pkt 43 opinii, w którym formułuje on argument aksjologiczny.

3.3.3. Dyrektywy wykładni językowej

Dopiero w pkt. 23 Trybunał przechodzi do wykładni językowej, która powinna być dokonywana w świetle wykładni teleologicznej. Świadczy o tym pierwsze zdanie pkt. 23, w którym Trybunał, odwołując się do punktów poprzedzających, powiada, że: „W świetle tych rozważań należy dokonywać wykładni art. 5 dyrektywy (*C'est à la lumière de ces considérations qu'il y a lieu d'interpréter l'article 5 de la directive*)”. Widoczny jest tu kontrast z podejściem Rzecznika A. Tizzana, w którego opinii dyrektywy wykładni językowej i systemowej okazały się wystarczające do uzyskania rozstrzygnięcia, a względy teleologiczne, socjologiczne i aksjologiczne, podobnie jak prawno-porównawcze, miały jedynie walor pomocniczy. W podejściu Trybunału natomiast to względy wykładni teleologicznej zyskują szczególny walor. Nie tylko

⁵² Oryg. fr.: „À cet égard, il y a lieu de relever qu'il ressort des deuxième et troisième considérants de la directive qu'elle a, notamment, pour but l'élimination des disparités constatées entre les réglementations et les pratiques des divers États membres en matière de voyages à forfait et susceptibles d'entraîner des distorsions de concurrence entre les opérateurs établis dans des États membres différents.”

⁵³ M. Boszko, *Wyrok...*, s. 33.

poprzedzają argumenty językowe w układzie tekstu, ale też ich nadrzędny charakter zostaje wyrażony osobnym zdaniem wprowadzającym.

Gdy idzie o *meritum* wykładni językowej, Trybunał zasadniczo przytacza pogląd Rzecznika, stwierdzając: „Jeżeli ten artykuł ogranicza się, w swoim ust. 2, akapit pierwszy, do odesłania w sposób ogólny (à renvoyer de façon generale) do pojęcia szkody (*dommages*), należy skonstatować, że przewidując, w swoim ust. 2, akapit czwarty, kompetencję (*faculté*) państw członkowskich do przyznania, że jeśli chodzi o szkody inne niż szkody na ciele (*dommages autres que les dommages corporels*), odszkodowanie może być ograniczone na mocy umowy, pod warunkiem, że ograniczenie to nie jest nierozsądne (*dérisonnable*), dyrektywa *implicite* uznaje istnienie prawa do naprawienia szkód innych niż szkody na ciele, wśród nich uszczerbek moralny (*préjudice moral*).”

W pkt. 24 Trybunał formułuje już ostateczną tezę wyroku w następujących słowach: „Na zadane pytanie należy zatem odpowiedzieć, że art. 5 dyrektywy należy interpretować w ten sposób, iż przyznaje on (*confère, verleiht*), co do zasady, konsumentowi prawo do naprawienia uszczerbku niemajątkowego (*droit à la réparation du préjudice moral, Anspruch auf Ersatz des immateriellen Schadens*) wynikającego z niewykonania lub nienależytego wykonania świadczeń stanowiących wycieczkę pakietową”⁵⁴.

4. Wyrok *Leitner* w perspektywie filozofii prawa

4.1. Polityczność rozstrzygnięcia

Odpowiadając na pytanie, czy dany wyrok – w tym wypadku *Leitner* – ma charakter „polityczny”, należy wpięrow precyzyjnie zdefiniować to pojęcie. Idąc za Chantal Mouffe, przyjmując trójdystynkcję na „politykę”, „polityki” i „polityczność”. „Polityka” (*politics*) oznacza tu działania mające na celu zdobycie i utrzymanie władzy w danej wspólnocie (*polis*); „polityki” (*policies*) oznaczają określone obszary działania władzy w danej wspólnocie, np. polityka zagraniczna, gospodarcza itp.; wreszcie „polityczność” (*the political*) oznacza ontologiczny wymiar konfliktu, na jakim ufundowane jest społeczeństwo⁵⁵. Pytając, czy dane rozstrzygnięcie ma charakter „polityczny”, pytam w istocie, czy jego treść dotyczy sfery polityczności, a zatem określonych konfliktów strukturalnych danej *polis*. *In casu*, taką *polis* jest Unia Europejska, w której konflikty strukturalne występują na wielu osiach, zarówno pionowych (np. państwa *versus* organy Unii – konflikt o suwerenność), jak i poziomych (np. pracownicy *versus* pracodawcy, konsumenci *versus* przedsiębiorcy). W tym sensie dany wyrok jest *polityczny* wtedy, gdy jego przedmiotem jest rozstrzygnięcie określonego, strukturalnego konfliktu interesów.

⁵⁴ Przekład *préjudice moral* bądź *immaterieller Schaden* jako „uszczerbek niemajątkowy” – za uchwałą polskiego Sądu Najwyższego z dnia 19 listopada 2010 r., sygn. akt III CZP 79/10, sprawa *Alfa Star Biuro Podróży*, „Transformacje Prawa Prywatnego” 2011, nr 1, s. 142.

⁵⁵ C. Mouffe, *Agonistics: Thinking the World Politically*, London–New York 2013.

A *contrario* wyrokiem apolitycznym będzie ten, który takiego rozstrzygnięcia nie będzie zawierał, gdyż zastosuje istniejące, wcześniejsze rozstrzygnięcie, czy to precedensowe (powtórzenie formuły wcześniejszego orzecznictwa), czy to legislacyjne (czysta subsumpcja stanu faktycznego pod regułę polityczną ustanowioną przez ustawodawcę).

Polityczność łączy się zatem ściśle z dyskrecjonalnością: tylko decyzja, której autor dysponował określoną władzą dyskrecjonalną, może być polityczna. W przeciwnym razie będzie ona czysto „techniczna”, tj. subsumpcyjna.

W powyższych rozważaniach teoretycznoprawnych przyjąłem, że wyrok *Leitner* zapadł *secundum legem*, a zatem, że nie miał charakteru jawnie prawotwórczego. Czy jednak oznacza to *eo ipso*, iż Trybunał nie dysponował w ogóle żadnym marginesem swobodnego uznania i nie mógł wydać innego orzeczenia, np. zawierającego *interpretatio intensiva* art. 5 dyrektywy? Analizując szerszą paletę orzeczeń Trybunału, niejednokrotnie prawotwórczych *praeter legem* (choćby słynne *Van Gend en Loos*) czy też nawet *contra legem* (*Pringle*⁵⁶), można śmiało postawić tezę, że Trybunał dysponuje znaczącym zakresem władzy dyskrecjonalnej. Środkiem interpretacyjnym gwarantującym taki zakres jest brak sztywnych dyrektyw wykładni II stopnia, co pozwala na znaczną swobodę przy doborze dyrektyw wykładni I stopnia⁵⁷. Nadto preferencja dawana za zwyczaj wykładni teleologicznej nad językową także prowadzi do poszerzenia zakresu swobodnego uznania⁵⁸.

Innymi słowy, nie jest sytuacją nie do pomyślenia ta, w której Trybunał orzekłby, że dyrektywa o pakietach turystycznych, z uwagi na to, iż jest instrumentem harmonizacji minimalnej, nie zobowiązuje państw członkowskich, które nie przewidują odpowiedzialności *ex contractu* za szkodę niemajątkową, do wprowadzania takiej odpowiedzialności. Innymi słowy, pojęcie „szkoda” zawarte w dyrektywie można by rozumieć jako obejmujące wszelkie postaci szkody już uznane w danym systemie prawnym [wyróżn. – R.M.]. Miałyby tu zastosowanie znane zasady równoważności i skuteczności, zapewniające, że odpowiedzialność odszkodowawcza *ex contractu* przyznana przez prawo krajowe w ramach dyrektywy nie może być wężiej zakrojona lub trudniejsza do dochodzenia niż analogiczna odpowiedzialność z innych umów (spoza zakresu dyrektywy). Takie rozstrzygnięcie Trybunał mógłby uzasadnić, podnosząc, że celem dyrektywy nie była harmonizacja odpowiedzialności odszkodowawczej, lecz jedynie ustalenie jej podmiotów. Gdyby w istocie dyrektywa zmierzała do tego celu, zawierałaby z pewnością *explicite* stosowny przepis itd.

Tak więc przyjmując, że Trybunał mógł wydać wyrok o treści zgoła przeciwnej do sentencji wyroku *Leitner* i że mógłby taką przeciwną tezę uzasadnić za pomocą zwykle stosowanych przez siebie dyrektyw wykładni, dochodzimy tym samym do wniosku, że przy rozstrzygnięciu sprawy *Leitner* dysponował Trybunał szerokim zakresem swobodnego

⁵⁶ Por. G. Beck, *The Court of Justice, Legal Reasoning, and the Pringle Case-Law as the Continuation of Politics by Other Means*, „European Law Review” 2014, nr 2.

⁵⁷ Do takich wniosków dochodzi G. Beck, *The Legal Reasoning of the Court of Justice of the EU*, Oxford–Portland 2012.

⁵⁸ Tezę tę szerzej uzasadniłem w artykule: R. Mańko, *Ideology and Legal Interpretation: Some Theoretical Considerations* [w:] *Constitutional Values in Contemporary Legal Space*, ed. K. Torgans, Riga 2016.

uznania, a przyjęte w tym wyroku rozstrzygnięcie nie było jedynym możliwym. Taka konstatacja otwiera możliwość pytania o polityczność przedmiotowego rozstrzygnięcia.

Wydaje się, że w grę wchodzi tu dwie osie polityczności – jedna pionowa (państwa *versus* Unia), a druga pozioma (operatorzy wycieczek *versus* turyści). Niewątpliwie założenie, że pojęcie „szkody” w dyrektywie o pakietach turystycznych jest autonomicznym pojęciem prawa unijnego doprowadziło do zawężenia suwerenności państw członkowskich. W istocie bowiem do czasu wydania tego wyroku nie budziło wątpliwości Komisji to, iż niektóre państwa odpowiedzialności za szkodę niemajątkową w zakresie stosowania dyrektywy nie przewidują. Nie są znane sprawy o nieprawidłową implementację dyrektywy, np. przeciwko Austrii. Można stąd wysnuć wniosek, że do czasu wydania wyroku *Leitner* panowało milczące założenie, że pojęcie „szkody” w dyrektywie w istocie odsyła do pojęcia zastanego każdego z krajowych porządków prawnych. Oznaczało to, że dyrektywa nie harmonizuje zakresu odpowiedzialności odszkodowawczej przedmiotowo, a jedynie czyni to podmiotowo. Po wydaniu wyroku *Leitner* – zawierającego *novum* normatywne, choć niebędącego rozstrzygnięciem *contra* ani nawet *praeter legem* – sytuacja prawna państw członkowskich uległa zmianie. Zostały one zobowiązane do wprowadzenia, o ile dotąd tego nie przewidywały, odpowiedzialności za szkodę niemajątkową *ex contractu* w wypadku umów objętych zakresem dyrektywy. Rozstrzygnięcie to miało więc, w przyjętym wyżej, precyzyjnym znaczeniu, charakter *stricte* polityczny, rozgraniczyło bowiem na nowo na danym odcinku zakres suwerenności państw i organów Unii, przenosząc na te ostatnie kompetencję do decydowania, jakie postaci szkody objęte są odpowiedzialnością operatorów wycieczek i ich agentów, podczas gdy do czasu wydania wyroku *Leitner* kompetencja taka spoczywała w rękach państw.

Drugim wymiarem polityczności jest wymiar poziomy, czyli konflikt strukturalny pomiędzy, z jednej strony, przedsiębiorcami działającymi w branży turystycznej (których synekdochą było pozwane biuro podróży TUI) a konsumentami-turystami z drugiej strony (których reprezentantem była młoda austriacka turystka, która uległa zatruciu pokarmowego podczas wczasów w Turcji). Wyrok *Leitner* ma konkretny wymiar finansowy dla branży turystycznej. Oznacza poszerzenie jej odpowiedzialności z korzyścią dla konsumentów. Odtąd w tych krajach, w których nie było to dotąd możliwe z uwagi na ograniczenia w prawie krajowym, turyści mogą dochodzić roszczeń z tytułu uszczerbku na przyjemności z urlopu, niezależnie od uszczerbku majątkowego. Polityczność wyroku jest tu oczywista, a Trybunał wyraźnie stanął po stronie konsumentów – pracowników – turystów.

4.2. Problemy legitymizacji

Biorąc pod uwagę zakres władzy dyskrejonalnej, z jakiej korzystał Trybunał przy wydawaniu wyroku *Leitner*, a równocześnie fakt, iż rozstrzygnięcie to ma charakter polityczny, legitymizacji omawianego orzeczenia należy także poszukiwać w sferze polityczności. Innymi słowy, legitymizacją Trybunału jest *in casu* szeroko pojęta ochrona interesów konsumentów, a jednocześnie ochrona interesów jednostek (obywateli

Unii) w starciu z państwem członkowskim. Zauważmy bowiem, że powódka nie mogła otrzymać zadośćuczynienia za krzywdę w postaci zatrucia pokarmowego, gdyż na przeszkodzie stały przepisy ABGB. Gdyby była ona turystką angielską czy francuską, prawo krajowe udzieliłoby jej ochrony. Dyrektywa, posługująca się ogólnym terminem „szkody” z pewnością takiej ochrony nie wykluczała, choć – jak zostało to podkreślone wyżej – niekoniecznie musiało to oznaczać, że ustanowienia takiej odpowiedzialności *explicite* od państw członkowskich wymagała. Legitymizacją Trybunału jest więc *in casu* ochrona słabszej strony umowy przed przedsiębiorcą, a zarazem – ochrona obywatela przed państwem.

4.3. Presupozycje ontologiczne i implikacje ideologiczne

Ostatnim wymiarem, w którym pragnę poddać analizie wyrok *Leitner*, jest wymiar ideologiczny, obejmujący także presupozycje ontologiczne, na jakich oparł się Trybunał. W tej perspektywie szczególnie interesuje mnie to, w jaki sposób Trybunał interpeluje jednostkę, czyli mówiąc inaczej, jakiego typu podmiotowość ludzką konstruuje⁵⁹. Przyznając turyście prawo do odszkodowania za utraconą *przyjemność z urlopu* [wyróżn. – RM], Trybunał równocześnie dokonuje kilku bardzo interesujących konstatacji (nawet jeśli entymematycznych) dotyczących człowieczeństwa. Przede wszystkim traktuje człowieka jako istotę nie tylko poszukującą zysku i unikającą straty (*homo oeconomicus*), ale także jako istotę poszukującą przyjemności (*homo iuvans*)⁶⁰ i rozrywki (*homo ludens*)⁶¹. Rozstrój „układu pokarmowego podczas urlopu” niekoniecznie przynosi stratę finansową (choć można na to i tak spojrzeć – o ile turysta ma możliwość powtórzenia urlopu⁶²), ale z pewnością uniemożliwia czerpanie z urlopu przyjemności. Ochronie prawnej podlega więc także sama sfera czerpania przyjemności (*iucundum*), której dostarczania zobowiązał się organizator imprezy turystycznej.

⁵⁹ O interpelacji ideologicznej zob. R. Mańko, *Koncepcja interpelacji ideologicznej a krytyczny dyskurs o prawie*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2014, t. 8, *passim*; *idem*, *Reality is for Those Who Cannot Sustain the Dream: Fantasies of Selfhood in Legal Texts*, „Wrocław Review of Law, Administration and Economics” 2015, t. 5, z. 1, *passim*.

⁶⁰ Por. sformułowanie *mancato godimento* (utracona przyjemność) użyte przez Rzecznika Generalnego Tizzano, pkt 10.

⁶¹ Aspekt ten jest szczególnie widoczny w angielskim wyroku *Jarvis v Swan Tours* [1973] 1 All ER 71, w którym jednym z powodów powstania szkody niematerialnej u turysty był fakt, że w drugim tygodniu pobytu był jedynym uczestnikiem „domówki” (*house party*) obiecanej w broszurze biura turystycznego. Nadto „wieczorek z jodłowaniem” wykonywany był przez robotnika w odzieży roboczej, a nie w stroju ludowym i trwał zbyt krótko.

⁶² O szkodzie majątkowej można by mówić, gdyby turysta mógł, po nieudanym urlopie, wykupić kolejny, tym razem udany. Wówczas szkoda obejmowałaby wartość dodatkowego „zastępczego” urlopu (*damnum emergens*), a także utracony zarobek wskutek konieczności czasowego zaprzestania działalności zarobkowej lub wzięcia urlopu bezpłatnego (*lucrum cessans*) w okresie odbywania urlopu „zastępczego”. Jednakże w sytuacji, gdy dany turysta nie ma możliwości odbycia urlopu zastępczego (nie może uzyskać dodatkowego urlopu), szkoda majątkowa będzie ograniczona do kosztów urlopu nieudanego (*damnum emergens*). Warto odnotować, że w angielskim precedensie ustanawiającym odpowiedzialność operatora wycieczki za nieudany urlop wysokość odszkodowania określono na ponad dwukrotność kosztu nieudanej wycieczki.

Obok odpowiedzialności za *lucrum cessans*, można więc mówić o odpowiedzialności za *iucundum cessans* (utraconą przyjemność).

Przyjmując możliwość odpowiedzialności majątkowej za *iucundum cessans*, Trybunał równocześnie milcząco zakłada, że źródłem przyjemności może być nie tylko wywczas na plaży, ale też same pieniądze. To pieniądze są więc – brzmi ukryte, niewypowiedziane założenie – prawdziwym źródłem przyjemności. Zwróćmy uwagę, że odszkodowanie ma objąć nie tylko, jak przyjął sąd austriacki niższej instancji, za-
dośćuczynienie za cierpienie (rozstrój układu pokarmowego itd.), ale także właśnie *iucundum cessans*.

Istota ludzka zatem nie tylko zdolna jest do cierpienia, które podlegało już wcześniej kompensacji w postaci *pretium doloris*, ale także zdolna jest do odczuwania przyjemności, a odszkodowanie uznane w sprawie *Leitner* można słusznie nazwać *pretium iucunditatis*. Przyjemność ma zatem swoją cenę i to wyrażoną w konkretnym pieniądzu. Konstatacja ta wiele mówi o sposobie postrzegania osoby ludzkiej przez Trybunał.

Drugą istotną konstatacją jest przyznanie przez Trybunał znaczenia wycieczek turystycznych, czy szerzej – turystyki – w życiu człowieka. Jest to z pewnością presupozycja ontologiczna specyficzna dla miejsca i czasu. To obywatele dostatniej Unii Europejskiej i niektórych innych państw bogatej Północy mogą mieć takie właśnie interesy, chronione prawem. Trudno byłoby przekonywać o doniosłości wyroku *Leitner* umierających z głodu czy uciekających przed konfliktami zbrojnymi mieszkańców ubogiego Południa. *Leitner* jest więc pewnym *signum temporis*, ukazującym, jakie problemy społeczne były ważne w epoce, w której wyrok ten zapadł.

Patrząc na wyrok w szerszych ramach, można powiedzieć, że obrona prawa do „przyjemnego urlopu” leży nie tylko w interesie samych turystów, ale też pracodawców, wypoczęty pracownik po urlopie jest bowiem bardziej produktywny, szczególnie w porównaniu z pracownikiem wracającym po nieudanym urlopie spędzonym w hotelowej ubikacji. W istocie więc wymiar polityczno-ideologiczny wyroku pozwala wpisać go, w ostatniej instancji, jak powiedziałaby Althusser, w umacnianie istniejącego systemu ustrojowego późnego kapitalizmu.

5. Podsumowanie i zakończenie

Powyższe rozważania pokazały, że wyrok *Leitner* ma charakter prawotwórczy, aczkolwiek w granicach możliwych znaczeń językowych tekstu dyrektywy. Z pewnością zatem nie jest to rozstrzygnięcie *contra legem* ani nawet *praeter legem*. Spośród możliwych znaczeń pojęcia „szkoda” Trybunał wskazał, że obie (majątkowa i niemajątkowa) mają zastosowanie. Hipotetycznie mógł jednak rozstrzygnąć inaczej, zawężając rozumienie tego pojęcia jedynie do szkody majątkowej. Również takie orzeczenie byłoby *secundum legem*. Trybunał stanął zatem przed alternatywą rozłączną: *interpretatio extensiva* („szkoda” to również szkoda niemajątkowa) albo *interpretatio intensiva* („szkoda” to jedynie szkoda majątkowa), wybierając to pierwsze.

Co się tyczy uzasadnienia przyjętego rozstrzygnięcia, charakterystyczną odmiennosc można wskazać pomiędzy sposobem rozumowania Rzecznika Generalnego A. Tizzana i rozumowaniem Trybunału. Rzecznik w zasadzie pozostał w granicach kanonu klasycznej europejskiej kultury prawnej, preferując dyrektywy wykładni językowej i systemowej. Pozwoliły mu one uzyskać rezultat wykładni, inne dyrektywy natomiast, w tym wykładni celowościowej, jedynie wsparły wynik rozumowania już doprowadzonego do skutecznego końca. Jedynym elementem, który w pewnym stopniu oddziela Rzecznika od klasycznej europejskiej kultury prawnej, jest brak odwołania się do wykładni historycznej, a w szczególności brak globalnego spojrzenia na prawo prywatne jako na ewoluujący *corpus* normatywny, którego dyrektywa jest tylko konkretną emanacją. Takie podejście pozwoliłoby Rzecznikowi wykorzystać materiał prawnoporównawczy już na etapie rekonstrukcji pojęcia „szkody”, a nie tylko dla wsparcia rezultatów już wcześniej wypracowanych. Można rzecz, iż Rzecznik Tizzano stanął na stanowisku ściśle pozytywistycznym, uznając porządek prawny Unii za odrębną, zamkniętą całość podlegającą wykładni jedynie w obiegu zamkniętym. Choć jest to podejście zgodne z zasadą autonomicznej i jednolitej wykładni pojęć prawa wspólnotowego, wypracowaną przez Trybunał, budzi ona jednak wątpliwości w perspektywie zintegrowania metod rozumowania w prawie europejskim z dorobkiem europejskiej kultury prawnej *sensu largo*.

O ile rozumowanie Rzecznika Generalnego wpisywało się – z powyższym zastrzeżeniem – w kanon europejskiej kultury prawnej, o tyle Trybunał zaprezentował podejście dla siebie typowe, polegające na preferencji dla dyrektyw wykładni teleologicznej. Niemniej jednak odwołał się, co prawda w dalszej kolejności, także do dyrektyw wykładni językowej. Pomiął jednakże elementy komparatystyczne, które były obecne w opinii Rzecznika.

Przechodząc do zagadnień filozoficznoprawnych, należy odnotować, że rozstrzygnięcie Trybunału miało charakter polityczny. Sprawa *Leitner przeciwko TUI* stanowiła bowiem synekdochę kompleksowego sporu pomiędzy klasą konsumentów usług turystycznych a klasą przedsiębiorców oferujących takie usługi. Przyjęcie wąskiego bądź szerokiego znaczenia terminu „szkoda” oznacza preferencję dla interesów albo konsumentów, albo przedsiębiorców. Trybunał stanął po stronie tych pierwszych, istotnie zwiększając zakres odpowiedzialności majątkowej operatorów turystycznych w tych państwach, w których dotąd prawo krajowe nie przewidywało ich odpowiedzialności za szkodę niemajątkową poniesioną przez konsumenta-turystę.

Orzeczenie można legitymizować na dwa sposoby. Po pierwsze, w płaszczyźnie teoretycznoprawnej mieści się ono w tradycyjnie pojmowanej roli sądu jako interpretatora legislacji. Jak wskazano już wielokrotnie, nie jest to wyrok ani *contra legem*, ani nawet *praeter legem*. Przyjęta wykładnia mieści się w granicach językowego znaczenia tekstu prawnego. Co prawda możliwe były dwie interpretacje, a Trybunał wybrał jedną z nich (korzystniejszą dla konsumentów), jednakże obie były w równym stopniu uprawnione. A nawet można powiedzieć, że biorąc pod uwagę dyrektywę wykładni *lege non distinguente*, nawet na płaszczyźnie czysto językowej interpretacji wykładni Trybunału była bardziej uzasadniona. Po drugie, orzeczenie *Leitner* ma silną legitymizację pozaprawną – aksjologiczną i polityczną. Poszerzając zakres uprawnień konsumentów

w ich sporze z silniejszą stroną, tj. operatorem turystycznym, Trybunał opowiedział się po stronie podmiotów słabszych i wymagających ochrony.

Wreszcie należy podkreślić walor wyroku *Leitner* w perspektywie ideologicznej, a w szczególności interpelacji ideologicznej jednostek, czyli – mówiąc inaczej – społecznego konstruowania ludzkiej podmiotowości. Wyrok ten zapisze się na kartach historii prawa europejskiego jako orzeczenie, które wprowadziło do prawa Unii koncepcję *homo iuvans* – podmiotu zdolnego nie tylko do kalkulacji ekonomicznej (*homo oeconomicus*, dochodzący swego *damnum emergens* tudzież *lucrum cessans*), jako człowieka nie tylko zdolnego do cierpienia (*homo patiens*, dochodzący *pretium doloris*), ale także jako podmiotu zdolnego do odczuwania przyjemności, której utrata – w wyniku naruszenia zobowiązania kontraktowego – sankcjonowana jest obowiązkiem odszkodowawczym organizatora imprezy turystycznej. Należy bowiem podkreślić, że za pozornie technicznymi rozważaniami o rodzaju szkody, trudnymi do zrozumienia w swojej złożoności dla laików, kryją się w istocie fundamentalne rozważania o istocie człowieczeństwa.